

Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Binnenmarktrecht

Inauguraldissertation

**zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg**

vorgelegt von

Malte Levin Bruhns, LL.M. (Edinburgh)

Rechtsreferendar aus Hamburg

2001

Inhaltsübersicht

EINLEITUNG

TEIL 1 STAATLICHE EINGRIFFE IN DEN MARKTPROZESS AUF DEM GEBIET GEMEINWOHLORIENTierter LEISTUNGEN

- I. Begründungsansätze für staatliches Eingreifen in den Marktprozess
- II. Möglichkeiten und Methoden
- III. Rechtliche Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa
- IV. Ergebnis von Teil 1

TEIL 2 UNTERNEHMEN GEMÄß ART. 86 I EGV IM BINNENMARKTRECHT

- I. Ausgangsüberlegungen
- II. Die Wirtschaftsordnung der Europäischen Gemeinschaft
- III. Kompetenzverteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten
auf dem Gebiet der Wirtschaft
- IV. Der Rang des Wettbewerbs im Gemeinschaftsrecht
- V. Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten im Europäischen
Binnenmarktrecht
- VI. Ergebnis von Teil 2

TEIL 3 DIE AUSNAHMEREGLUNG DES ART. 86 II EGV

- I. Normzweck
- II. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
- III. Finanzmonopole
- IV. Normwirkung
- V. Normanwendung
- VI. Ergebnis von Teil 3

TEIL 4 DER NEUE ART. 16 EGV

- I. Ausgangsüberlegungen
- II. Veränderungen der Strukturen der Versorgungswirtschaft
- III. Europäische Infrastrukturverantwortung
- IV. Entstehungsgeschichte und Normanalyse des Art. 16 EGV
- V. Schlussbetrachtungen

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VII
EINLEITUNG	1
TEIL 1 - STAATLICHE EINGRIFFE IN DEN MARKTPROZESS AUF DEM GEBIET GEMEINWOHLORIENTierter LEISTUNGEN	4
I. Begründungsansätze für staatliche Eingriffe in den Marktprozess	4
1. Die normative Theorie	5
a) Natürliche Ausnahmereiche vom Wettbewerb	6
aa) Natürliche Monopole	6
bb) Externe Effekte	7
cc) Informationsasymmetrie	7
b) Politische Ausnahmereiche vom Wettbewerb	8
aa) Allgemeiner Zugang	8
bb) Verteilungsgerechtigkeit	9
cc) Stärkung der sozialen Bindung	11
dd) Staatliche Infrastrukturverantwortung	12
2. Die positive Theorie	13
3. Ergebnis	14
II. Möglichkeiten und Methoden staatlicher Eingriffe in den Marktprozess	15
1. Staatliche Steuerung und Kontrolle von Ausnahmereichen am Beispiel natürlicher Monopole	15
a) Duldung	15
b) Verstaatlichung	16
c) Staatliche Kontrolle über das private natürliche Monopol (Regulierung)	17
2. Staatliche Steuerung und Kontrolle bei externen Effekten, Informationsasymmetrien und politischen Ausnahmereichen	18
3. Ergebnis	20
III. Rechtliche Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa	21
1. Einleitung	21
2. Das französische Modell des service public	22
3. Das spanische Konzept des servicio público	25
4. Das deutsche Konzept der Daseinsvorsorge	26
5. Das englische Konzept des public service	30
IV. Ergebnis von Teil 1	32

2. TEIL – UNTERNEHMEN GEMÄß ART. 86 ABS. 1 EGV IM BINNENMARKTRECHT	33
I. Ausgangsüberlegungen	33
II. Die Wirtschaftsordnung der Europäischen Gemeinschaft	34
III. Kompetenzverteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Wirtschaft	36
1. Das Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeit	36
2. Binnenmarktregeln	37
3. Wirtschaftspolitik	37
4. Eigentumsordnung	38
5. Ergebnis	39
IV. Der Rang des Wettbewerbs im Gemeinschaftsrecht	40
1. Ausgangsüberlegung	40
2. Art. 295 EGV	40
3. Art. 86 Abs. 1 EGV	42
a) Normzweck	42
b) Norminhalt	43
aa) Mitgliedstaaten	43
bb) Öffentliche Unternehmen	43
cc) Unternehmen mit ausschließlichen Rechten	45
dd) Unternehmen mit besonderen Rechten	46
ee) Staatliche Maßnahme	47
c) Normwirkung des Art. 86 Abs. 1 EGV	48
aa) Maßnahmen	48
bb) Ausschließliche und besondere Rechte	49
4. Ergebnis	49
V. Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten im Binnenmarktrecht	50
1. Staatsbezogene Normen	50
a) Allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV)	50
aa) Staatliche Maßnahmen iSv Art. 86 Abs. 1 EGV	50
bb) Verleihung ausschließlicher und besonderer Rechte	51
b) Handelsmonopole (Art. 31 EGV)	51
aa) Normzweck und Norminhalt	51
bb) Diskriminierende staatliche Maßnahmen iSv Art. 86 Abs. 1 EGV	52
cc) Diskriminierende staatliche Sonderrechte iSv Art. 86 Abs. 1 EGV	53
dd) Verteiler-, Vertriebs- und Produktionsmonopole	54
ff) Rechtfertigung	55
c) Verbot mengenmäßiger Beschränkungen (Art. 28 EGV)	55
aa) Normzweck und Norminhalt	55
bb) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten	57
(1) Staatliche Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen	57
(2) Monopol- und Oligopolrechte	57
(a) Sacchi	57
(b) Telekommunikations-Endgeräte	58
(c) Bewertung	59
(d) Warenmonopole und Keck	59
cc) Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 28 EGV	60

d) Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV)	60
aa) Normzweck und Norminhalt	60
bb) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten	63
(1) Staatliche Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen	63
(2) Monopol- und Oligopolrechte	63
(a) Grundsätze	63
(b) Dienstleistungsmonopole und Alpine Investments	65
cc) Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 49 EGV	65
e) Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV)	66
aa) Normzweck und Norminhalt	66
bb) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten	67
(1) Diskriminierungsverbot	67
(2) Beschränkungsverbot	68
(3) Produktionsmonopole	68
f) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 56 EGV)	69
g) Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)	70
h) Staatliche Beihilfen (Art. 87 EGV)	70
aa) Normzweck und Norminhalt	70
bb) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten	72
(1) Subventionierung von Unternehmen	72
(2) Gewährträgerhaftung und Anstaltslast	73
cc) Rechtfertigung	74
dd) Normstellung	75
i) Beihilfen im Verkehrssektor (Art. 73 EGV)	76
2. Unternehmensbezogene Normen (Art. 81, 82 EGV)	78
a) Normzweck und Norminhalt der Art. 81, 82 EGV	78
b) Begründung mitgliedstaatlicher Verantwortung	78
c) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten	80
aa) Art. 81 Abs. 1 EGV	81
bb) Art. 82 Abs. 1 EGV	82
(1) Normzweck und Norminhalt	82
(a) Marktbeherrschende Stellung	83
(b) Kollektiv beherrschend	83
(c) Wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes	84
(2) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten	85
(a) Art. 10 Abs. 2, 3 Abs. 1 lit. g) iVm Art. 82 EGV	85
(b) Art. 86 Abs. 1 iVm Art. 82 EGV	85
(aa) Schaffung und Aufrechterhaltung von Monopolen	87
(bb) Ausdehnung des Monopols in neue Wirtschaftsbereiche	88
(cc) Stellungnahme	89
VI. Ergebnis von Teil 2	91
1. Keine Souveränitätsreserven aus Art. 295 EGV	92
2. Keine Bestandsgarantie aus Art. 86 Abs. 1 EGV	92
3. Verbot staatlicher Handels-, Vertriebs- und Produktionsmonopole	92
4. Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich der einzelnen Binnenmarktregeln	93
5. Normativer Ansatzpunkt der gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle	94

TEIL 3 - DIE AUSNAHMEREGLUNG DES ART. 86 ABS. 2 EGV	95
I. Normzweck	95
II. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	96
1. Der Dienstleistungsbegriff in Art. 86 Abs. 2 EGV	96
a) Nationale Begrifflichkeiten	96
b) Abgrenzung zur Legaldefinition in Art. 50 EGV	97
c) Ergebnis	99
2. Dienstleistungen von wirtschaftlichem Interesse	100
a) Ausgangsüberlegungen	100
b) Marktbezug der Tätigkeit	101
c) Hoheitliches Handeln	101
d) Die Rechtsprechung des EuGH	103
aa) British Telecom	103
(1) Entgeltlichkeit der Leistung	103
(2) Funktionale Definition des wirtschaftlichen Interesses	104
bb) Sacchi	105
cc) Poucet und Pistre	106
(1) Das Kriterium des sozialen Charakters	107
(2) Das Kriterium der nationalen Solidarität	109
(3) Das Kriterium des fehlenden Gewinnzwecks	110
dd) SAT Fluggesellschaft	111
(1) Sachverhalt	111
(2) Entscheidungsgründe des EuGH	112
ee) Betriebsrenten- und Berufsrentenfonds	113
e) Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Stellungnahme	113
aa) Systematisierung der Kriterien des EuGH	113
bb) Kritik an den geltenden Abgrenzungskriterien	114
(1) Zwangsmitgliedschaft	114
(2) Kapitalisierungsprinzip und Austauschverhältnis	116
cc) Neubestimmung	117
(1) Binnenmarktregeln und öffentliche Wirtschaftstätigkeit	117
(2) Staatsaufgaben	118
f) Ergebnis	120
3. Allgemeines wirtschaftliches Interesse	121
a) Gemeinschaftliches oder mitgliedstaatliches Interesse	121
b) Allgemeines Interesse und Gemeinwirtschaft	122
c) Universaldienst(leistung)	124
d) Zwischenergebnis	125
4. Betrauung	125
a) Staatliche Aufgabenübertragung	125
b) Anforderungen an den Akt der Betrauung	126
aa) Restriktive Auslegung	126
bb) Extensive Auslegung	128
c) Betrauung und Sonderrechte	129
5. Unternehmen	129
a) Der Unternehmensbegriff im Gemeinschaftsrecht	129
b) Weitere Merkmale des Unternehmensbegriffs	130
6. Ergebnis	131

III. Finanzmonopole	132
IV. Normwirkung	133
1. Normadressaten	133
2. Reichweite der Legalausnahme	134
3. Erforderlichkeitsprinzip	135
a) Verhinderung der Aufgabenerfüllung (Art. 86 Abs. 2 S. 1)	135
b) Gemeinschaftsinteresse (Art. 86 Abs. 2 S. 2)	138
(aa) Beeinträchtigung des Handelsverkehrs	138
(bb) Interesse der Gemeinschaft	139
4. Unmittelbare Anwendbarkeit	140
V. Normanwendung	142
VI. Ergebnis von Teil 3	143
1. Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV	143
2. Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV	144
3. Ausblick	145
 TEIL 4 – DER NEUE ART. 16 EGV	 147
I. Ausgangsüberlegungen	147
II. Veränderungen der Strukturen der Versorgungswirtschaft	147
1. Einleitung	147
2. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Wandel	147
a) Veränderungsdruck durch die Globalisierung	147
b) Veränderungsdruck durch die Binnenmarktregeln	149
3. Liberalisierung der Aufgabenwahrnehmung	150
a) Liberalisierung und Privatisierung	150
b) Liberalisierung durch europäische Wettbewerbspolitik	151
4. Re-Regulierung liberalisierter Wirtschaftssektoren	153
5. Ergebnis	154
a) Die Suche nach einem Equilibrium	154
b) Vom Leistungs- zum Regulierungsstaat	155
c) Fortgang der Untersuchung	156
III. Europäische Infrastrukturverantwortung	156
1. Europäische Infrastrukturverantwortung als Gewährleistungsverantwortung	156
a) Entwicklung	156
b) Normative Grundlage der europäischen Infrastrukturverantwortung	157
2. Standort der Infrastrukturverantwortung im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht	157
a) Europäische Netzverantwortung	157
b) Verantwortung für Dienste	158
aa) Primäres Gemeinschaftsrecht	158
bb) Sekundäres Gemeinschaftsrecht	159
(1) Telekommunikation	160
(2) Postsektor	161

(3) Gemeinsame Charakteristika	161
c) Sonstige öffentliche Interessen	162
3. Ergebnis	164
IV. Entstehungsgeschichte und Normanalyse des Art. 16 EGV	165
1. Ausgangspunkt	165
a) Neuschaffung eines Art. 16 EGV	166
b) Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute	166
c) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk	167
d) Ergebnis	167
2. Genese und Normzweck von Art. 16 EGV	168
a) Konzeptionelle Erwägungen	168
aa) Französische Initiative 1993	168
bb) CEEP-Vorschlag 1995	169
(1) Entstehungsgeschichte	169
(2) Art. 94a EGV	169
(3) Europäische Charta	171
cc) Die Position der Europäischen Institutionen	172
(1) Europäisches Parlament	172
(2) Kommission der Europäischen Gemeinschaften	173
(3) Europäischer Rat	175
(4) Regierungskonferenz 1996	175
b) Ergebnis	178
3. Norminhalt	178
4. Normwirkung und Normstellung	179
a) „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“	179
b) „Sorge tragen“	180
c) „Grundsätze und Bedingungen“	183
d) „Unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 EGV“	183
e) „Stellenwert“	184
f) „Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse und im Anwendungsbereich dieses Vertrages“	187
5. Normanwendung	187
V. Schlußbetrachtungen	188
1. Resümee	188
2. Regierungskonferenz 2000	190
3. Charta der Grundrechte der Europäischen Union	192
LITERATURVERZEICHNIS	193

Abkürzungsverzeichnis

ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv civilistischer Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Die Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APCE	Annals of Public and Cooperative Economics
ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation
Art.	Artikel
BB	Betriebsberater
BG	Die Berufsgenossenschaft
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BJEMS	Bell Journal of Economics and Management Science
BR Drucks.	Deutscher Bundesrat Drucksache
BT Drucks.	Deutscher Bundestag Drucksache
Bull.EG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaften
CDE	Cahiers de Droit Européen
CEE	Communauté(s) Européenne(s)
CEEP	Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft
CMLR	Common Market Law Reports
CMLRev.	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIr	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EA	Europa Archiv
ECLR	European Competition Law Review
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR	European Law Review
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
EuG	Europäisches Gericht 1. Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWI	Europäisches Währungsinstitut
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EZB	Europäische Zentralbank
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIDE	Fédération Internationale pour le Droit Européen
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
GA	Generalanwalt

H.J.W.G.	Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik
Hrsg.	Herausgeber
ICCP	Information Computer Communication Policy
ISUPE	Initiative pour les services d'utilité en Europe
J.E.N.R.L.	Journal of Energy and Natural Resources Law
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PostG	Postgesetz
R.A.E.	Revue des Affaires Européennes
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
R.M.C.	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
R.T.D.E.	Revue Trimestrielle de Droit Européen
S.	Satz
Slg.	Sammlung
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht
SZVS	Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik
UNICE	Union des confrèrations et de l'industrie et des Employeurs d'Europe
UPLR	University of Pennsylvania Law Review
TEPSA	Trans European Policy Studies Association
TKG	Telekommunikationsgesetz
TP	Telecommunication Policy
Verw	Die Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VuR	Verbraucher und Recht
VVDStRL	Veröffentlichungen des Vereins deutscher Staatsrechtslehrer
WC	World Competition
WeW	Wegerecht und europäisches Wettbewerbsrecht
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WISU	Das Wirtschaftsstudium
WWU	Wirtschafts- und Währungsunion
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZeUP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZWS	Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Einleitung

In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union herrscht im Grundsatz Einigkeit darüber, dass bestimmte Güter und Dienstleistungen eine so existentielle Bedeutung für die Zugehörigkeit zum Gemeinwesen haben, dass der Staat es als seine Pflicht und Aufgabe ansehen muss, ihre Bereitstellung zu gewährleisten. Diese Staatsaufgaben werden auf nationaler Ebene definiert als gemeinwohlorientierte Leistungen, als Daseinsvorsorge oder *service public*, während sie auf der Ebene des europäischen Primärrechts in Art. 16 und Art. 86 Abs. 2 EGV ihre sprachliche Kennzeichnung in der Formulierung Dienste bzw. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gefunden haben. Schon an dieser Stelle zeigt sich die Weite und Unbestimmtheit der Terminologie, deren Ursache in der Situationsvielfalt sowie der unterschiedlichen Konzeption und Organisationsform der gemeinwohlorientierten Leistungen in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft liegt.

Trotz der einzelstaatlichen Unterschiede lassen sich gemeinsame Ansätze und Prinzipien der Erbringung solcher Leistungen ausmachen, deren Kennzeichen die unmittelbare Zuordnung zu einem öffentlichen Interesse ist, das nicht oder zumindest nicht ausschließlich über den Markt vermittelt werden soll. Dieses öffentliche Interesse wird in den Mitgliedstaaten verschieden definiert, aber „es wird allenthalben auf das Wesen des Staates zurückgeführt, der souverän entscheidet, welche Aufgaben er in seiner Zuständigkeit und auf welche Weise wahrnehmen will.“¹ Auf der Ebene des Europäischen Gemeinschaftsrechts entstehen aus diesem Ansatz Konflikte mit dem wirtschaftsliberalen Ansatz, wie er vor allem in den Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags angelegt ist. Ihnen trägt Art. 86 Abs. 2 EGV Rechnung, wonach die Binnenmarktregeln für Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, nicht gelten, wenn die Anwendung des Gemeinschaftsrechts die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Binnenmarktrecht eine Grundlagenuntersuchung zu widmen, die sowohl von den aktuellen Fragestellungen in den einzelnen Themenbereichen des Sekundärrechts als auch von der isolierten Interpretation einzelner Tatbestandsmerkmale der einschlägigen Vertragsbestimmungen abstrahiert, ist nicht nur, eben im Hinblick auf jene Fragestellungen und Interpretationsprobleme, juristisch veranlaßt, sondern noch zuvor durch die gegenwärtig zu beobachtenden Veränderungen der politisch-ökonomischen Landschaft. Auf der Ebene des europäischen Primärrechts haben diese Veränderungen ihren vorläufigen Höhepunkt in der Einfügung eines neuen Art. 16 in den EG-Vertrag durch den am 01.05.1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam² gefunden. Er lautet:

„Unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen,

¹ Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FiW 1999, S. 71.

² Vgl. BGBl. 1998-II, S. 387 (465) (Vertrag von Amsterdam vom 02.10.1997) idF der Bek. v. 28.04.1999 (BGBl. 1999-II, S. 416); in Kraft getreten am 01.05.1999 gem. Bek. v. 06.04. 1999 (BGBl. 1999-II, S. 296).

sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des wirtschaftlichen und territorialen Zusammenhalts, tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse und im Anwendungsbereich dieses Vertrages dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

Bemerkenswert an der Einfügung dieser neuen Vorschrift ist, dass die Förderung primär mitgliedstaatlicher Tätigkeiten den programmatischen Grundsatzartikeln des EG-Vertrags zugeordnet wird. Einige Beobachter befürchten hierdurch die Gefahr einer möglichen Abkehr von Liberalisierung und Dereglementierung in der Europäischen Union im Bereich des öffentlichen Sektors.³ Andere verstehen Art. 16 EGV dagegen nur als politische Erklärung oder billigen ihm keine mehr als geringfügig über den bisherigen *acquis communautaire* hinausgehende Wirkung bei.⁴ Ziel dieser Arbeit ist die Beantwortung der Frage, ob der neue Art. 16 EGV das geltende Gemeinschaftsrecht bestätigt oder verändert.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist zunächst die Klärung der Frage, warum in allen Mitgliedsländern der Europäischen Gemeinschaft der Staat in bestimmten Wirtschaftssektoren den freien Wettbewerb als Kontroll- und Steuerungsmechanismus aus ökonomischen oder politischen Gründen durch andere Mechanismen ersetzt oder zumindest ergänzt. Die Mitgliedstaaten nehmen auf dem Gebiet der gemeinwohlorientierten Leistungen regelmäßig für sich die Befugnis in Anspruch, im öffentlichen Interesse selbst als Unternehmen am Wirtschaftsverkehr teilzunehmen und/oder den freien Wettbewerb durch staatliche Regulierung von privaten Unternehmen zu beschränken oder auszuschließen. Teil 1 dieser Arbeit präsentiert daher einen vertieften Überblick über die wirtschaftstheoretischen und sozialwissenschaftlichen Hintergründe und die möglichen Formen und Instrumente staatlichen Eingreifens in den Marktprozess. Im Anschluß hieran sollen dann die wichtigsten nationalen Begrifflichkeiten, Traditionen und verwaltungsrechtlichen Konzepte auf dem Gebiet der gemeinwohlorientierten Leistungen in den Mitgliedstaaten vorgestellt werden.

Insbesondere wenn durch das staatliche Eingreifen in den Marktprozess eine Marktabstottung bewirkt wird, gerät die staatliche Kontrolle und Steuerung von Unternehmen in einen strukturellen Gegensatz zum Binnenmarkt und zum System

³ Vgl. Kerber, M., *Vers une révision du traité de Rome au nom du service public dans le débat européen?*, in: Les Cahiers de la fondation „Europe et Société“, *Services d'intérêt général en Europe: le temps de la maturité*, Nr. 46, Januar-März 1998, S. 23 (25); Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FIW 1999, S. 71 (81); Ross, M., *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, E.L.Rev. 2000, S. 22 ff.

⁴ Vgl. z.B. Rodrigues, S., *Les services publics et le traité d'Amsterdam*, R.M.C. 1998, S. 37; „La genèse de la rédaction de cette nouvelle notion montre qu'elle est le fruit d'un compromis politique qui fragilise, voire neutralise sa portée juridique.“; ebenso Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45 (49); Lecheler, H., *Die Fortentwicklung des Rechts der Europäischen Union durch den Amsterdam-Vertrag*, JuS 1998, S. 392 (397); ähnlich Streinz, R., *Der Vertrag von Amsterdam – Einführung in die Reform des Unionvertrages von Maastricht und erste Bewertung der Ergebnisse*, EuZW 1998, S. 137 (144), der auf die Relevanz der intrikanten Problemstellungen bei der Beihilfeaufsicht verweist; Karpenstein, U., *Der Vertrag von Amsterdam im Lichte der Maastricht-Entscheidung des BVerfG*, DVBl. 1998, S. 942 (946), konstatiert, dass Art. 16 EGV nicht oder nur marginal über den bisherigen *acquis communautaire* hinausgeht. Keller, J., *Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV*, 1999, S. 192, folgert, dass „insoweit alles beim alten bleibt.“; ebenso Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 101; Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 16 EGV, Rd. 13 („politische Absichtserklärung und Handlungsaufforderung mit geringen rechtlichen Auswirkungen“).

unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Gemeinschaft. In Teil 2 dieser Arbeit soll daher versucht werden, das gegenwärtige Regime von öffentlichen und privaten Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten Sonderrechte im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV eingeräumt haben, in den zentralen Bereichen der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln zu entfalten, da dies die notwendige Grundlage für eine sachkundige Bewertung von Notwendigkeit und Inhalt neuerer Vorstöße zur Ergänzung der maßgeblichen Vorschriften des EG-Vertrages durch Artikel 16 EGV bildet.

Notwendig hiermit verknüpft ist auch eine Auseinandersetzung mit der bis heute kontrovers diskutierten Ausnahmegvorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV. Sie legt fest, dass für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Vorschriften des EG-Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, nicht gelten, soweit die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe(n) rechtlich oder tatsächlich verhindert. Nach Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Obwohl diese für die Eingliederung staatlich gesteuerter und kontrollierter Wirtschaftssektoren in die Wirtschaftsordnung der Europäischen Gemeinschaft zentrale Vorschrift seit mehr als 40 Jahren in Kraft ist, vermitteln die zu ihr verfügbaren Bibliotheksbestände und die neuere Judikatur der europäischen Gerichte kaum das Gefühl der Interpretationssicherheit.⁵ Einer klärenden Normanalyse des Art. 86 Abs. 2 EGV ist daher Teil 3 gewidmet.

Vor dem Hintergrund der in Teil 1 bis 3 dieser Arbeit analysierten Interaktion zwischen nationalen Methoden zur Kontrolle und Steuerung von Unternehmen, die gemeinwohlorientierte Leistungen erbringen, und dem europäischen Binnenmarktrecht sollen schließlich in Teil 4 die für die Versorgungswirtschaft bedeutsamen neuen Entwicklungslinien im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht dargestellt und bewertet werden. Hierfür werden zunächst die seit Anfang der neunziger Jahre zu beobachtenden Globalisierungs-, Liberalisierungs-, Privatisierungs-, Deregulierungs- und Re-Regulierungsprozesse auf dem Gebiet staatlich gesteuerter und kontrollierter Wirtschaftssektoren sowie die Entwicklung einer europäischen Infrastrukturverantwortung vorgestellt, ohne die ein Verständnis der Entstehungsgeschichte und Funktion des Art. 16 EGV nicht möglich wäre. Erst nach Auseinandersetzung mit allen bis hier gestellten Fragen ist darauf schließlich die Beantwortung der Frage möglich, ob in Art. 16 EGV wirklich die „volonté de dépasser la logique du marché“⁶ zum Ausdruck kommt und diese Vorschrift tatsächlich eine europäische Rechtsentwicklung der „Verschiebung des Kräfteverhältnisses zugunsten EG-weiter Regulierung bei gleichzeitiger Wahrung von Interessen hochregulierter Mitgliedstaaten“⁷, bestätigt.

⁵ Hierzu Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45: „Was dort zu registrieren ist, sind eher punktuelle Festlegungen ohne systematisch befriedigende Terrainabsicherung, verbunden mit der Ermunterung zu subtiler branchenspezifischer Detailanalyse.“

⁶ So Dehousse, F., *Editorial: Le Traité d'Amsterdam – Reflèt de la nouvelle Europe*, CDE 1997, S. 264 (267).

⁷ Mussler, W., *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel*, 1998, S. 140; vgl. in diesem Zusammenhang auch Steindorff, E., *Markt und hoheitliche Verantwortung in der EG*, ZHR 2000, S. 223 ff.

Teil 1 - Staatliche Eingriffe in den Marktprozess auf dem Gebiet gemeinwohlorientierter Leistungen

I. Begründungsansätze für staatliche Eingriffe in den Marktprozess⁸

Der durch den Vertrag von Maastricht in den EG-Vertrag eingefügte Art. 4 verpflichtet die Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Wirtschafts- und Währungsunion zur Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung⁹ der Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist. Unter einer Marktwirtschaft versteht man ein System dezentraler Planung und Lenkung des Wirtschaftsgeschehens, in dem die Vielfalt von Einzelplänen privater Wirtschaftsteilnehmer durch den Preismechanismus koordiniert werden.¹⁰ Systemgarant eines funktionierenden Preismechanismus ist dabei der Wettbewerb, der für eine leistungsgerechte Einkommensverteilung¹¹, Konsumentensouveränität¹², optimale Faktorallokation¹³, Anpassungsflexibilität¹⁴ und technischen Fortschritt¹⁵ sorgen soll.¹⁶

In der wettbewerbstheoretischen Literatur besteht im Hinblick auf diese ökonomischen Ziele Einigkeit, auch wenn je nach Autor eher der Ziel-¹⁷ oder der Mittelcharakter¹⁸ des Wettbewerbs stärker betont wird. Strittig ist zum Teil, ob der Zielkatalog auch die Wettbewerbsfreiheit umfassen soll¹⁹, wobei zwischen den beiden Aspekten der Gewährleistung einer relativ großen formalen Handlungs- und materiellen Entschließungsfreiheit der einzelnen Wirtschaftssubjekte²⁰ einerseits (Unternehmen und

⁸ In diesem Abschnitt werden Grundkenntnisse der mikroökonomischen Theorie vorausgesetzt. Die Grundannahmen des spezifisch ökonomischen Ansatzes in den Sozialwissenschaften werden von folgenden Autoren eingehend behandelt: Becker, G., *Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens*, 1993, S. 1-15; Fritsch, M., *Ökonomische Ansätze zur Legitimation kollektiven Handelns*, 1983, S. 17-33; Frey, B., *Ökonomie ist Sozialwissenschaft*, 1990, S. 4-10; Blankart, C., *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*, 1998, S. 9-12.

⁹ Koordinierung ist hier im Sinne von Abstimmung zu verstehen, die weniger als Angleichung, aber mehr als bloße Konsultation darstellt, vgl. Nachweise bei Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 46.

¹⁰ Geigant/Sobotka/Westphal, *Lexikon der Volkswirtschaft*, 1994, Stichwort: Marktwirtschaft.

¹¹ Hierunter versteht man eine marktleistungsgerechte Entlohnung der Produktionsfaktoren.

¹² Hierunter versteht man die Erstellung und Verteilung des Angebots an Waren und Dienstleistungen entsprechend der Präferenzen der Konsumenten.

¹³ Hierunter ist die Verwirklichung der kostengünstigsten Kombination der Produktionsfaktoren zu verstehen.

¹⁴ Hierunter ist die flexible Anpassung von Produkten und Produktionskapazität an außerwirtschaftliche Daten zu verstehen.

¹⁵ Insbesondere die Entwicklung neuer Produkte und/oder neuer Produktions- und Abs.methoden.

¹⁶ Diese „Leitbilder“ der Wettbewerbspolitik fanden im Rahmen des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs in Deutschland vor allem durch Kantzenbach starke Beachtung. Vgl. Kantzenbach/Kallfaß, *Das Konzept eines funktionsfähigen Wettbewerbs – workable competition*, in: Cox, H. (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbs*, 1981, S. 103 ff.; Kantzenbach, E., *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1967, S. 16-19; Bartling, H., *Leitbilder der Wettbewerbspolitik*, 1980, S. 1 ff.; Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 11 und 28.

¹⁷ So insb. Hoppmann, E., *Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs*, in: Schneider, H. (Hrsg.), *Grundlagen der Wettbewerbspolitik*, 1968, S. 9 ff.

¹⁸ So insb. Kantzenbach, vgl. ders./Kallfaß, H., *Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs – workable competition*, in: Cox, H. u.a. (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbs*, 1981, S. 103 ff.

¹⁹ Dagegen z.B. ursprünglich Kantzenbach, E., *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1967, S. 16 ff.

²⁰ Vgl. zu diesem Aspekt Giersch, H., *Allgemeine Wirtschaftspolitik I*, 1961, S. 73f.; Schmidtchen, D., *Property rights, Freiheitsschutz und die Logik staatlicher Preisintervention: Kritische Analyse der theoretischen*

Verbraucher) und der Adäquanz von wirtschaftlicher und politischer Ordnung²¹ andererseits unterschieden wird.²² Ingo Schmidt weist zu Recht darauf hin, dass gerade die ökonomischen Zielfunktionen die drei vorgegebenen gesellschaftlichen Grundwerte Freiheit, Wohlfahrt und Gerechtigkeit konkretisieren.²³ Angesichts der gesellschaftspolitischen Bedeutung des Wettbewerbs sollte daher auch die Wettbewerbsfreiheit ausdrücklich in den Zielkatalog des Wettbewerbs einbezogen werden.²⁴

Wird die marktwirtschaftliche Ordnung, wie hier, als ein Stück gebotener Freiheit des Wirtschaftslebens verstanden, stellt sich die Frage, in welchem Umfang staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen zulässig oder geboten sind. Gerade auf dem Gebiet gemeinwohlorientierter Leistungen nehmen die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft regelmäßig für sich in Anspruch, den Wettbewerb als Kontroll- und Steuerungsmechanismus aus ökonomischen oder politischen Gründen durch andere Mechanismen zu ersetzen oder zumindest zu ergänzen. Solche Ausnahmereiche vom Wettbewerb²⁵ werden innerhalb der Volkswirtschaftslehre unter den Stichworten „Theorie des Marktversagens“²⁶ oder „Theorie der öffentlichen Regulierung“²⁷ sowie in der Finanzwissenschaft unter dem Gesichtspunkt der Staatstätigkeit²⁸ normativ oder positiv erklärt.²⁹

1. Die normative Theorie

Die normative Theorie versucht zu begründen, weshalb im Falle des Wettbewerbs- oder Marktversagens einige oder alle Zielfunktionen durch den Wettbewerb nicht realisiert werden können. Dabei wird zwischen ökonomischen Ursachen für unerwünschte Wettbewerbsergebnisse (sog. natürliche Ausnahmereiche) und sonstigen Zielen, die durch Wettbewerb nicht erreicht werden können (sog. politische Ausnahmereiche), unterschieden.

Grundlagen einer freiheitsgefährdenden Wettbewerbspolitik, in: Röper, B. (Hrsg.), *Die Missbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie*, 1982, S. 11 (18).

²¹ Zur Adäquanztheorie vgl. Bain, J., *Industrial Organisation*, 1968, S. 37; Edwards, C., *Big Business and the Policy of Competition*, 1956, S. 4.

²² Zusammenfassend Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 30f.

²³ Vgl. Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 32.

²⁴ So auch Hoppmann, E., *Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs*, in: Schneider, H. (Hrsg.), *Grundlagen der Wettbewerbspolitik*, 1968, S. 9 ff., 14 ff.; Böhm, F., *Demokratie und ökonomische Macht*, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht (Hrsg.), *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, 1961, S. 22; später auch Kantzenbach, E., *Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft*, in: Arndt, H. (Hrsg.), *Die Konzentration in der Wirtschaft I*, 1971, S. 159 ff.

²⁵ Vgl. hierzu Bartling, H., *Wettbewerbliche Ausnahmereiche: Rechtfertigung und Identifizierung*, in: Felsdieper/Groß (Hrsg.), *Wirtschaftspolitik in weltoffener Wirtschaft*, 1983, S. 325 ff.; siehe auch Möschel, W., *Zur wettbewerbstheoretischen Begründbarkeit von Ausnahmereichen*, ORDO 32 (1981), S. 85 ff. m.w.N.

²⁶ Vgl. Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 91; Richter/Wiegard, *Zwanzig Jahre „Neue Finanzwissenschaft“ – Teil I: Überblick und Theorie des Marktversagens*, ZWS 1993, 169-224.

²⁷ Grundlegend Kahn, A., *The Economics of Regulation – Principles and Institutions*, 1988; Müller/Vogelsang, *Staatliche Regulierung*, 1979; Kaufer, E., *Theorie der öffentlichen Regulierung*, 1981.

²⁸ Vgl. Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 14 m.w.N.

²⁹ Siehe Eickhof, N., *Theorien des Markt- und Wettbewerbsversagens*, Wirtschaftsdienst 1986, S. 468 ff.; v. Weizsäcker, C., *Staatliche Regulierung – positive und normative Theorie*, SZVS 1982, S. 325 ff.

a) Natürliche Ausnahmereiche vom Wettbewerb

In der Literatur werden verschiedene mögliche Ursachen für unerwünschte Wettbewerbsergebnisse (sog. Marktversagen) identifiziert. Sondergewinne, ungenügende Information, ruinöse Konkurrenz, Vermeidung von Transaktionskosten, Paternalismus, Risikoverschiebung oder die Förderung sozialer Ziele seien als Beispiele genannt, ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben.³⁰ Die drei wichtigsten Fallgruppen, die zu einem Marktversagen führen können und daher nach der normativen Theorie Handlungsbedarf für staatliches Eingreifen in den Wettbewerb wecken können³¹, werden in der Literatur natürliche Monopole, externe Effekte und Informationsasymmetrie genannt. Sie sollen im folgenden vorgestellt werden.

aa) Natürliche Monopole

Das Prinzip des funktionierenden Wettbewerbs geht theoretisch von einer atomistischen Marktstruktur aus, d.h. einem Markt, der sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite von einer Vielzahl von Konkurrenten mit relativ geringem Marktanteil gekennzeichnet ist.³² In der Realität gibt es aber zahlreiche Wirtschaftsbereiche mit oligopolistischer oder monopolistischer Marktstruktur, deren Ursache darin liegt, dass eine Situation entstanden ist, in der die firmeninternen Kostendegressionen (economics of scale) in Relation zur gegebenen Marktgröße so wichtig sind, dass im Wettbewerb auf Dauer nur ein oder wenige Unternehmen überleben können.³³ Klassische Beispiele für die Fallgruppe der natürlichen Monopole sind Infrastrukturdienste wie Eisenbahn, Postdienste oder Telekommunikation sowie die leitungsgebundene Gas-, Wasser- und Energieversorgung.³⁴ Hier ist offensichtlich die Verlegung von mehr als einem Schienenstrang oder einer Leitung je Versorgungsgut teurer als eine einzige Bahnstrecke oder Leitung. Reicht das bestehende Leitungsnetz zur Versorgung aller Wirtschaftsteilnehmer aus, wäre eine Vervielfältigung des Kapazitätsangebots volkswirtschaftlich überflüssig.³⁵

Ist eine Marktsituation durch das Vorliegen eines natürlichen Monopols gekennzeichnet, kann staatliches Eingreifen in den Wettbewerb notwendig sein, entweder weil zu befürchten ist, dass mangels Wettbewerbsdruck ineffizient produziert wird, oder weil die Gefahr besteht, dass eine unteroptimale Menge an Gütern zu überhöhten Preisen produziert wird, die gesamtwirtschaftliche Verluste nach sich zieht.³⁶ Dazu kommt gerade in Fällen netzgebundener Leistungen neben hoher Kapitalintensität und langfristiger Kapitalbindung auch die Notwendigkeit der effizienten und gerechten Verteilung nichterneuerbarer seltener

³⁰ Vgl. Übersicht bei Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 35 ff.

³¹ Heinemann weist zurecht darauf hin, dass kein „Automatismus“ hinsichtlich staatlichen Tätigwerdens besteht. Nur wenn die Zielfunktionen des Wettbewerbs effizienter erfüllt werden können, ist Regulierung gerechtfertigt, vgl. Heinemann, A., *Staatliche Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 14.

³² So Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 178.

³³ Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 35/36.

³⁴ Vgl. hierzu Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 162 ff.; Thiery, B., *Services publics: Conceptions et réalités*, APCE 1995, S. 159 ff.

³⁵ Vogelsang, I., *Public enterprise in monopolistic and oligopolistic industries*, 1990, S. 27.

³⁶ Vgl. hierzu Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 156 ff.; Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 15; Müller/Vogelsang, *Staatliche Regulierung*, 1979, S. 36 ff.

Ressourcen³⁷. Auch hier kann staatliches Eingreifen in den Wettbewerb sinnvoll sein, weil wettbewerbstheoretisch legitimiert, da ohne sie das allokationstheoretische erwünschte Ergebnis nicht erreicht werden kann.³⁸

bb) Externe Effekte

Als externe Effekte³⁹ bezeichnet man die „Wirkungen der Aktivität eines Wirtschaftssubjekts auf wenigstens ein anderes, für die das andere, wenn sie vorteilhaft (positiv) sind, nichts bezahlen muss, oder, wenn sie nachteilig (negativ) sind, nicht entschädigt wird.“⁴⁰ Mit anderen Worten: Es kommt in diesen Fällen zu Marktversagen, da hier entweder das Wirtschaftssubjekt nicht für die von ihm verursachten Kosten aufkommt oder es nicht die durch sein Handeln bei Dritten erzeugten Vorteile erhält.⁴¹ Als Extremfall externer Effekte werden in der Literatur die öffentlichen Güter (z.B. die Institution des Rechts oder die Landesverteidigung) genannt, von deren Konsum niemand ausgeschlossen werden kann und für die deshalb ein einzelner nicht bereit ist, einen Preis zu zahlen.⁴² Anlaß und Rechtfertigung für staatliche Eingriffe in den Wettbewerb ist hier regelmäßig das große Schadenspotential. Ein anschauliches Beispiel für staatliches Eingreifen zur Internalisierung externer Effekte ist insbesondere die Umweltpolitik. Auf diesem Gebiet greift der Staat oft regulativ in den Verbrauch natürlicher Ressourcen ein, um sicherzustellen, dass die mit dem Verbrauch verbundenen Kosten auch in den privaten Kalkülen berücksichtigt (internalisiert) werden.

cc) Informationsasymmetrie

Die oben genannten Fallgruppen, in denen der Markt alleine nicht in der Lage ist, die Zielfunktionen eines wirksamen Wettbewerbs zu erfüllen, lassen sich noch weiter spezifizieren und kategorisieren. So kann ein öffentlicher Eingriff in den Wettbewerb zum Beispiel auch durch Marktversagen infolge asymmetrischer Informationsverteilung wirtschaftstheoretisch gerechtfertigt werden. Hierunter versteht man eine Situation, in der durch Informationsmängel die Marktakteure in einem Ausmaße uninformatiert sind, dass es zu Preissenkung und Qualitätsverfall kommt und schließlich der Markt versagt.⁴³ Grund für

³⁷ Z.B. ober- und unterirdische Bodenflächen, Luftraum und Sendefrequenzen.

³⁸ Ausführlich zur wirtschaftstheoretischen Legitimation staatlicher Regulierung bei sog. schwachen natürlichen Monopolen Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 142 ff.

³⁹ Siehe vor allem Blankart, C., *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*, 1998, S. 487 ff.; ausführliche Darstellung mit umfassenden weiterführenden Literaturhinweisen bei Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 92 ff.

⁴⁰ Definition nach Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 37.

⁴¹ Siehe die instruktiven Beispiele bei Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 93.

⁴² Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 38.

⁴³ Ausführliche Darstellung dieser Form des Marktversagens bei Varian, H., *Grundzüge der Mikroökonomik*, 1999, Kap. 34; Sinn, H.-W., *Verbraucherschutz als Problem asymmetrischer Informationskosten*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, 1989, S. 81-90; Tietzel, M., *Probleme der asymmetrischen Informationsverteilung beim Güter- und Leistungsaustausch*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, 1989, S. 52-63; Deregulierungskommission, *Marktöffnung und Wettbewerb*, 1991, Tz 47-49; Demmler, H., *Grundlagen der Mikroökonomie*, 1996, S. 217-233; Berthold, N., *Marktversagen, staatliche Intervention und Organisationsformen sozialer Sicherung*, in: Rolf/Spahn/Wagner (Hrsg.), *Sozialvertrag und Sicherung – Zur ökonomischen Theorie staatlicher Versicherungs- und*

staatliches Eingreifen in den Wettbewerb ist hier, wie bei der Fallgruppe der externen Effekte, regelmäßig das große Schadenspotential. Paradebeispiel für einen durch Informationsasymmetrie legitimates staatliches Tätigwerden ist die staatliche Sozialversicherung. Ohne einen staatlichen Eingriff in Form der Pflichtversicherung für den Krankheitsfall wäre damit zu rechnen, dass nur diejenigen eine Versicherung abschließen, die entsprechend hohe Krankheitskosten erwarten, sich gesund führende Normalbürger aber wegen der hohen Prämien bevorzugt selbst vorsorgen. Regelmäßig wird der Nutzen einer Renten- oder Krankenversicherung von jungen Menschen unterschätzt, weil sie die im Alter anfallenden Kosten der Krankenversorgung nicht hinreichend wahrnehmen oder ihr Vermögen im Alter überschätzen.⁴⁴ Hier beugt der staatliche Eingriff in Form der Pflichtversicherung der Nutzenunkenntnis und den aus ihr möglicherweise später resultierenden schweren wirtschaftlichen Problemen vor.

b) Politische Ausnahmereiche vom Wettbewerb

Während sich die oben genannten Fallgruppen auf Bereiche bezogen, in denen die Erfüllung einer oder mehrerer Wettbewerbsfunktionen ohne staatliches Eingreifen gefährdet ist, werden insbesondere in der sozialwissenschaftlich orientierten Literatur zudem metaökonomische Ziele angeführt, die auch mit Wettbewerb nicht erreicht werden können und daher staatliches Tätigwerden erfordern.⁴⁵ So wird beispielsweise die „Versorgung mit Wasser und Energie, das Transportieren von Gegenständen, die räumliche Fortbewegung und die Kommunikation mit räumlich entfernten Personen“⁴⁶ zu den grundlegenden menschlichen Bedürfnissen gezählt, für deren Sicherstellung der Staat daher grundsätzliche Verantwortung innehat.

Insbesondere soziale Zielsetzungen sind ein wichtiges Element der Entwicklung der gemeinwohlorientierten Leistungen in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.⁴⁷ Die vordringlichsten Zielsetzungen staatlichen Engagements waren in dieser Hinsicht seit Mitte des 19. Jahrhunderts die Erreichung eines allgemeinen Zugangs zu bestimmten existenziellen Versorgungsleistungen, der Abbau von Ungleichheiten bei der Versorgung, die Erreichung einer stärkeren sozialen Bindung, ein dauerhafter gesellschaftlicher Interessenausgleich sowie die Schaffung von Infrastrukturen. Diese Anliegen sollen im folgenden vorgestellt werden.

aa) Allgemeiner Zugang

Auf dem Gebiet gemeinwohlorientierter Leistungen ist der Grundsatz des allgemeinen Zugangs ein kennzeichnendes Element der Allgemeinwohlbindung einer Leistung. Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb bezwecken vielfach die Sicherstellung des allgemeinen Zugangs

Umverteilungssysteme, 1988, S. 339-369; weitere ausführliche Literaturnachweise bei Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 303f.

⁴⁴ Beispiel nach Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 298f.

⁴⁵ Vgl. Schmidt, I., *Zum Nachweis des Missbrauchs einer rechtlichen oder faktischen Wettbewerbsbeschränkung*, WuW 1967, S. 777 (781).

⁴⁶ So Mayntz, R., in: ders. (Hrsg.), *Differenzierungen und Verselbständigung*, 1988, S. 233.

⁴⁷ Siehe hierzu z.B. CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 17-19.

zu gemeinwohlorientierten Leistungen sowohl in sozialer wie in räumlicher Hinsicht.⁴⁸ In der Literatur wird die Sicherung des allgemeinen Zugangs zu Infrastruktur, Netz oder Leistung für alle sozialen Schichten dem Staat oft sogar als zentrale Aufgabe zugewiesen.⁴⁹ Daneben soll durch staatliches Engagement auch der allgemeine Zugang zu gemeinwohlorientierten Leistungen über räumlich weite Gebiete gewährleistet werden und nicht nur dort, wo sich die Versorgung unmittelbar rentiert. Letzteres wird insbesondere damit begründet, dass anderenfalls der Sicherung des allgemeinen Zugangsrechts die Grundlage fehle.⁵⁰

Das Prinzip des allgemeinen, flächendeckenden und kontinuierlichen Angebots von Leistungen (sog. Universalitätsprinzip⁵¹) ist eng mit anderen politischen Gründen, wie zum Beispiel versorgungs-, regional-, entwicklungs- und verteilungspolitischen Gründen, verzahnt. Durch die Ermöglichung des allgemeinen Zugangs zu grundlegenden Versorgungsleistungen wie beispielsweise Verkehr, Postdiensten, Telefon oder Stromversorgung erfüllen die Anbieter dieser Leistungen daher eine unverzichtbare gesellschaftliche Aufgabe, deren Durchführung durch staatliches Eingreifen in den Wettbewerb sichergestellt wird.

bb) Verteilungsgerechtigkeit

Teilweise wird vertreten, dass die Rechtfertigung und Durchsetzung staatlicher Bereichsausnahmen vom Wettbewerb „wie des Post- und Fernmeldemonopols [...] aus heutiger Perspektive hauptsächlich mit distributionspolitischen Zielen [...] zu erklären [ist] und nicht mit Kriterien volkswirtschaftlicher Effizienz.“⁵² Der englische Wirtschaftstheoretiker *John Stuart Mill* kann in dieser Hinsicht als der Begründer der Lehre von der „öffentlichen Dienstleistung“ angesehen werden.⁵³ Er vertrat bereits 1869 die These, dass der freie Wettbewerb offenbar nicht in der Lage sei, für die netzgebundenen Unternehmen als Richtschnur im Interesse der Allgemeinheit zu dienen, sondern dass man aus ökonomischer Sicht alle Eigentumsrechte, die dem öffentlichen Nutzen entgegenstehen, nicht als wirtschaftlich oder moralisch gültig ansehen könne.⁵⁴ Vielmehr sei es empfehlenswerter, bestimmte Geschäfte als eine öffentliche Leistung zu behandeln, für die der Staat die Pflicht habe, nach demjenigen zu suchen, der den entsprechenden Dienst zu den

⁴⁸ Gerade im Verkehrsbereich spricht man gleichbedeutend auch vom Institut des Gemeingebrauchs als typisches Merkmal oder Instrument der wirtschaftlichen Infrastruktur, vgl. Stober, R., *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, 1989, S. 601.

⁴⁹ Vgl. hierzu CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 18; ähnlich, allerdings in anderem Zusammenhang Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 376 m.w.N.

⁵⁰ So z.B. Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 378.

⁵¹ Siehe hierzu Cox, H., *Entscheidungskriterien und Prinzipien für öffentliche Dienste*, in: ders. (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 1996, S. 19.

⁵² So Windisch, R., *Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich von Bahn, Post und Telekommunikation*, 1987, S. 99; hierzu auch Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 149.

⁵³ Vgl. zu John Stuart Mill den Beitrag von Zell, S., *Die Grenzen des Laisser-faire*, in: Herz, W. (Hrsg.), *ZEIT-Bibliothek der Ökonomie*, 2000, S. 29-32.

⁵⁴ Mill, J., *Grundsätze der politischen Ökonomie mit einigen ihrer Anwendungen auf die Sozialphilosophie*, Band I, Kapitel 9 und Band II, Kapitel 11, Jena 1921 (zitiert nach CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 14).

besten Bedingungen für die Allgemeinheit leisten will und „die Kontrolle [...] dürfte der Staat nie einem anderen überlassen.“⁵⁵

Grundlegend war für *Mill* die Überlegung, dass Verteilungsgerechtigkeit, verstanden als eine bedarfsgerechte Verteilung des Sozialprodukts, der marktleistungsgerechten Einkommensverteilung widersprechen kann. Auch die Vertreter der paretianischen Wohlfahrtsökonomik⁵⁶ haben vergeblich versucht, mit Hilfe mikroökonomischer Instrumente Bedingungen für die Maximierung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt abzuleiten. Es ist heute bewiesen, dass das Problem der optimalen und bedarfsgerechten Verteilung des Sozialprodukts (sog. optimum optimorum⁵⁷) weder durch das Modell der vollständigen Konkurrenz, noch im Rahmen der paretianischen Wohlfahrtsökonomik zufriedenstellend gelöst werden kann.⁵⁸ Wesentlich ist die Erkenntnis, dass effiziente Allokation, hervorgerufen durch einen funktionsfähigen Markt, nicht automatisch zu einem gerechten und gesamtwirtschaftlich optimalen Verteilungsergebnis führt.⁵⁹ Daraus wird gefolgert, dass die Lösung des Verteilungsproblems grundsätzlich nicht Aufgabe des Marktes, sondern der Politik sei.⁶⁰

Die meisten gemeinwohlorientierten Leistungen werden durch staatliches Eingreifen, insbesondere durch einen gewissen Ausgleich bei den Tarifen, so ausgestaltet, dass der Zugang zu ihnen erleichtert wird und dass für alle Bürger gleiche Ausgangsvoraussetzungen bestehen. Um dieser grundlegenden Zielsetzung gerecht zu werden, wird häufig interner Subventionierung gegenüber einer effektiven Kostendeckung mit einem Ausgleich für niedrige Einkommen der Vorzug gegeben, da eine solche Tarifbindung der angestrebten Gleichbehandlung besser zu entsprechen und die Zielsetzung der sozialen Bindung besser zu verwirklichen scheint.⁶¹

Ein anschauliches Beispiel für die politische Umsetzung verteilungspolitischer Motive stellen wiederum die staatlichen Sozialversicherungssysteme dar. Die gesetzlichen Krankenversicherungen berechnen regelmäßig die zu zahlende Versicherungsprämie

⁵⁵ Ebenda.

⁵⁶ Der bedeutendste Vertreter der Wohlfahrtsökonomie ist Arthur C. Pigou. In seinem Standardwerk, *Economics of Welfare*, 1932, untersucht und vergleicht er die verschiedenen möglichen Formen öffentlicher Eingriffe, jeweils unter dem Gesichtspunkt der Maximierung des privaten und gesellschaftlichen Nutzens, vgl. a.a.O., Kapitel XX.

⁵⁷ Im Falle des optimum optimorum wird das Marktgleichgewicht im Sinne einer Angebotssteuerung gemäß den Käuferpräferenzen erreicht, wenn die Grenzrate der Transformation der angebotenen Güter gleich wird der Grenzrate der Substitution der nachgefragten Güter und diese absolut gleich dem umgekehrten Preisverhältnis der Güter ist.

⁵⁸ Nachweise geführt von Lancaster, K., *Moderne Mikroökonomie*, 1991, S. 325-337; ebenso Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S.57 ff.; Külp, B., *Wohlfahrtsökonomie II – Maßnahmen und Systeme*, 1976, S. 1-7; Luckenbach, H., *Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik*, 1986, S. 121-127; Hanusch/Kuhn, *Einführung in die Volkswirtschaftslehre*, 1998, S. 447-464.

⁵⁹ Vgl. Müller/Vogelsang, *Staatliche Regulierung*, 1979, S. 74 ff.

⁶⁰ In dieser Hinsicht argumentiert auch der Begründer der modernen Makroökonomie, John Maynard Keynes: „Viele große Unternehmen und andere, die viel fixes Kapital gebrauchen, [wird man in Zukunft] halb sozialisieren müssen.“ Dies gelte „besonders [...] bei einem gemeinnützigen Unternehmen.“ Solche Unternehmen müßten „letzten Endes der Souveränität der Demokratie, die sich im Parlament verkörpert, unterstehen.“ Vgl. Keynes, J., *Das Ende des Laissez-Faire*, 1926, S. 31-34.

⁶¹ Vgl. CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 18.

unabhängig vom Risiko, das der jeweilige Versicherte repräsentiert, obwohl sie im Prinzip zu einer wesentlich stärker am jeweiligen Risiko orientierten Prämiengestaltung in der Lage wären.⁶² Die vom Risiko unabhängige Gestaltung der Prämien hat zur Folge, dass die relativ gesunden Versicherten einen Teil der Krankheitskosten der weniger Gesunden tragen, damit der Versicherungsschutz für alle erschwinglich bleibt.⁶³ Andere Instrumente der Umverteilungspolitik sind beispielsweise Steuern und Subventionen.

cc) Stärkung der sozialen Bindung

Allgemeiner Zugang und Verteilungsgerechtigkeit sind insgesamt in einem größeren Zusammenhang zu sehen, da sie in mehrfacher Hinsicht zum Ziel des stärkeren sozialen Zusammenhalts, der Entwicklung der sozialen Bindung und des gesellschaftlichen Gemeinsinns beitragen.⁶⁴ Einerseits sind die Güter und Dienstleistungen, hinsichtlich derer diese Ziele verfolgt werden, oft von existenzieller Bedeutung für das Leben von Personen oder Familien (zum Beispiel Wasser- oder Elektrizitätsversorgung) wie für die Teilnahme am gesellschaftlichen und städtischen Leben (zum Beispiel Verkehrsmittel oder Post- und Fernmeldewesen). Andererseits gestaltet sich die Art und Weise der Erbringung dieser Leistungen so, dass zumindest im Grundsatz die Verbraucher miteinbezogen werden. Die unmittelbare Zufriedenstellung durch die Inanspruchnahme von Gütern und Dienstleistungen ist nicht der alleinige Beurteilungsmaßstab für diese Leistungen. Ihre Nutzer sind nicht nur Konsumenten, sondern Teilnehmer am Gemeinwesen.⁶⁵ Ihre Beteiligung ist im Hinblick auf eine umfassendere Bewertung der Erreichung der angestrebten Ziele der Leistungen durchaus erwünscht, und eben diese Einbindung trägt ihrerseits wieder zu einer stärkeren sozialen Bindung bei.⁶⁶

⁶² So Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 299.

⁶³ So die Deregulierungskommission, *Marktöffnung und Wettbewerb*, 1991, Tz. 47-49; allgemeiner hierzu Strassl, W., *Externe Effekte auf Versicherungsmärkten – Eine allokationstechnische Begründung staatlicher Regulierung*, 1988; Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, führen instruktiv weiter aus: „Dabei besteht ein wesentliches Ziel der Politik in der Regel darin, zu verhindern, dass schlechte Risiken, die ohne staatliche Eingriffe eine relativ hohe „aktuarisch faire“ Prämie zahlen müssten, aufgrund finanziellen Unvermögens auf Versicherungsschutz verzichten müssen. So wäre etwa zu befürchten, dass eine allein am Schadensrisiko orientierte Krankenversicherung von älteren Menschen, die meist hohe Krankheitskosten aufweisen, Prämien verlangen würde, die die finanzielle Leistungsfähigkeit dieser Klientel weit übersteigen. Dabei ist eine Versicherungspflicht deshalb notwendig, weil ansonsten die guten Risiken die Solidargemeinschaft verlassen und den Schutz bei einer preisgünstigen privaten Versicherung suchen. Infolge der dann einsetzenden adversen Auslese wären die niedrigeren Prämien für die schlechten Risiken nicht mehr finanzierbar“, a.a.O., S. 299.

⁶⁴ CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 18.

⁶⁵ In diesem Zusammenhang führt die Europäische Kommission aus: „Diese Leistungen halten die Gesellschaft - über das rein Materielle hinaus - auch symbolisch zusammen: Sie sind die festen Bezugspunkte eines Gemeinwesens und begründen die Zugehörigkeit der Bürger zu diesem Gemeinwesen [...]. Dreh- und Angelpunkt all dieser Überlegungen sind die Belange des Bürgers, deren Wahrnehmung in unseren Gesellschaften stets einhergeht mit einem gesicherten Zugang zu Grundversorgungsleistungen einhergeht [...]“. Vgl. Europäische Kommission, *Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, ABl. EG 1996 Nr. C 281/3, Rd. 6 und 8.

⁶⁶ CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 18.

dd) Staatliche Infrastrukturverantwortung

Die Integration des Gemeinwesens und die Entstehung von Territorialstaaten moderner Prägung hängt untrennbar mit der Entwicklung flächendeckender Infrastrukturen zusammen.⁶⁷ Unter dem Begriff der Infrastruktur ist die „Gesamtheit aller Mittel zu begreifen, die der Überwindung von Entfernungen dienen und dadurch die Integration eines Raumes bewirken.“⁶⁸ Während in der Zeit des Merkantilismus der absolutistische Staat es als seine Aufgabe ansah, „fürsorgend und versorgend“⁶⁹ die infrastrukturellen Voraussetzungen der Wirtschaft zu schaffen⁷⁰, vollzog sich seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert durch den Liberalismus eine grundsätzliche Trennung von Staat und Gesellschaft sowie von Staat und Wirtschaft. Der Staat trat nun bewußt zurück, und Privatwirtschaft und Marktsystem übernahmen die „innovatorischen und dynamisierenden Funktionen“⁷¹ zur Entwicklung der Volkswirtschaft. Dennoch ist staatliches Engagement mit dem Ziel, eine politisch gewollte Infrastruktur zu errichten, bis heute in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in vielfältigen Erscheinungsformen anzutreffen: angefangen mit der Erschließung von Straßen, Wasserwegen und Schienennetzen, über die Einrichtung von Unternehmen der Energieversorgung bis hin zur Telekommunikation ? gerade im 19. und 20. Jahrhundert ist die Schaffung von Infrastrukturen als „Lebensadern eines föderativ gegliederten Staatswesens und einer arbeitsteiligen Gesellschaft“⁷² ein zentraler Gegenstand staatlichen Interesses geworden.⁷³ Dabei wurden sehr verschiedene politische Ziele verfolgt, beispielsweise die Gewährleistung von Versorgungssicherheit im Energiebereich, die Vorsorge für einen Krisenfall durch die Sicherstellung von Kohle- und Stahlproduktion oder die Schaffung der Grundlagen für eine erfolgreiche Entwicklung der Industriepolitik.⁷⁴ Weitere Zielsetzungen waren Effizienz⁷⁵, militärische und staatspolitische Gründe⁷⁶ sowie fiskalische Motive⁷⁷.

Staatlicher Infrastrukturverantwortung liegt darüber hinaus die schlichte Erkenntnis zugrunde, dass ohne funktionsfähige Netzinfrastrukturen „Menschen nicht zusammenkommen können, die räumlich voneinander entfernt leben, dass ohne sie daher eine

⁶⁷ Zu den historischen Grundlagen siehe zusammenfassend Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 256 ff. m.w.N.; ausführlich Mieck, I., in: ders. (Hrsg.), *Handbuch der europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte IV*, 1993, S. 1 - 234; Fischer, W., *Handbuch der europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte V*, 1985, S. 1-207.

⁶⁸ So die Definition von Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 329.

⁶⁹ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 262.

⁷⁰ Siehe hierzu Schmidt, R., *Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil*, 1990, §1.

⁷¹ Himmelmann, G., *Geschichtliche Entwicklung der öffentlichen Wirtschaft*, in: Brede/v. Loesch (Hrsg.), *Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, 1986, S. 31 (37).

⁷² Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 335.

⁷³ Vgl. Steiner, U., *Verkehr und Post*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1988, Band 3, S. 1087, Rd. 1.

⁷⁴ Vgl. Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 41.

⁷⁵ Mayer, O., *Deutsches Verwaltungsrecht II*, 1924, auf Seite 246: „Das öffentliche Straßenwesen soll planmäßig und zuverlässig sich gestalten ohne Irreführungen des Verkehrs durch wilde Nachahmungen und Einmengungen“.

⁷⁶ Der entstehende Territorialstaat moderner Prägung hatte seit dem 19. Jahrhundert ein vitales Interesse daran, über ein große Strecken überbrückendes, sicheres und schnelles Verkehrs- und Kommunikationssystem zu verfügen. Sehr instruktiv hierzu Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 271f. m.w.N.

⁷⁷ Insbesondere die verstaatlichten Eisenbahnen warfen erhebliche Gewinne ab und spielten eine erhebliche Rolle in den staatlichen Haushalten, vgl. Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 277; Scheele, U., *Privatisierung von Infrastruktur – Möglichkeiten und Alternativen*, 1993, S. 23 m.w.N.

soziale, wirtschaftliche, kulturelle und politische Gemeinschaft nicht entstehen und fortexistieren kann und dass sie deshalb zwar nicht hinreichende, aber notwendige Existenzbedingung moderner Staatlichkeit sind.⁷⁸ Dies gilt insbesondere für Verkehrs- und Kommunikationsinfrastrukturen. Von *Krüger* stammt die These, dass der Weg ein Element der Existenz des Staates sei. Raumüberwindung ist nach seiner Ansicht das zentrale Kriterium für geistige Integration und Einheitsbildung.⁷⁹

Die Bedeutung von Infrastrukturen für die wirtschaftliche Entwicklung wird besonders von *Hermes* hervorgehoben. Diese sorgten durch die Beseitigung von technologisch-praktischen Hindernissen für einen ungehinderten wirtschaftlichen Austausch und seien somit entscheidende Voraussetzungen für die Herstellung vollständiger Integration im Sinne eines idealtypischen homogenen Raumes, in dem allen Wirtschaftssubjekten der Bezug von Energie sowie die Verfügung über Transport- und Kommunikationsdienste in gleicher Weise offenstehe, so dass die Wirtschaftseinheiten unabhängig von ihrer konkreten Verteilung im Raume, in den Wirtschaftszweigen und den Betriebs- bzw. Unternehmensgrößen von ihnen Gebrauch machen könnten.⁸⁰

Zusammenfassend läßt sich festhalten, dass die grundlegende Funktion von Infrastrukturen die Herstellung sozialer, wirtschaftlicher und politischer Einheit ist und daher staatliches Engagement begründen kann.⁸¹ Blickt man auf die historische Entwicklung zurück, so zeigt sich ihr Bedeutungsgehalt in rechtlicher Hinsicht besonders darin, dass in der Europäischen Union die Mitgliedstaaten auf nationaler, regionaler oder kommunaler Ebene in vielen Wirtschaftssektoren durch die Errichtung von Staatsmonopolen eine Erfüllungsverantwortung für Infrastrukturen übernommen haben.⁸²

2. Die positive Theorie

Neben den Anhängern der normativen Theorie versuchen auch die Vertreter der sog. positiven Theorie, die Gründe staatlichen Eingreifens in den Marktprozess zu begründen.⁸³ Ihr gemeinsamer Ausgangspunkt⁸⁴ ist dabei die Grundannahme, dass vielfach das Argument des Marktversagens alleine nicht ausreicht, um staatliche Eingriffe in den Wettbewerb zu

⁷⁸ So *Hermes*, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 324.

⁷⁹ *Krüger*, M., *Marktwirtschaftliche Ordnung und öffentliche Vorhaltung der Verkehrswege*, 1969, S. 4 ff.; hierzu auch *Fehling*, M., *Mitbenutzungsrechte Dritter bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen vor dem Hintergrund staatlicher Infrastrukturverantwortung*, AöR 1996, S. 59 (80 ff.); *Steiner*, U., *Verkehr und Post*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 1988, Band 3 S. 1087, Rd. 1.

⁸⁰ *Hermes*, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 327; so auch *Jochimsen*, R., *Theorie der Infrastruktur*, 1966, S. 114.

⁸¹ *Hermes*, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 329.

⁸² Vgl. *Püttner*, G., *Verwaltungslehre*, 1989, S. 40.

⁸³ *Grundlegend Eickhof*, N., *Theorien des Markt- und Wettbewerbsversagens*, Wirtschaftsdienst 1986, S. 468 ff.; v. *Weizsäcker*, C., *Staatliche Regulierung – positive und normative Theorie*, SZVS 1982, S. 325 ff.; *Müller/Vogelsang*, *Staatliche Regulierung*, 1979, S. 101 ff.

⁸⁴ Unterschiede im Einzelnen bestehen zwischen behaviouristisch ausgerichteten Modellen der Organisationstheorie, den Ansätzen der Chicago-School und den Erklärungsversuchen der Neuen Politischen Ökonomie, vgl. *Müller/Vogelsang*, *Staatliche Regulierung*, 1979, S. 101 ff.

erklären. Insbesondere die Vertreter der Neuen Politischen Ökonomie⁸⁵ (public choice) versuchen, staatliches Eingreifen in den Marktprozess weniger mit dem Vorliegen von Wettbewerbsversagen als mit dem Vorhandensein von Gruppeninteressen zu erklären. Es wird vertreten, dass Unternehmen die Vorhersehbarkeit einer staatlichen Regulierung dem Entdeckungsverfahren des Wettbewerbs und seinen weitgehend unvorhersehbaren Ergebnissen vorziehen, Politiker und Bürokraten daher staatliche Sonderrechte im Wettbewerb denjenigen anbieten, von denen sie sich entweder Wählerstimmen oder materielle Unterstützung erhoffen.⁸⁶ Staatliche Eingriffe in den Marktprozess werden damit selbst zum Wirtschaftsgut, das Angebot und Nachfrage unterliegt. Sie sind Folge von Politikversagen, da die staatlichen Entscheidungsträger anstelle der normativ vorgegebenen gesellschaftlichen Zielfunktionen nur die Maximierung ihres eigenen Nutzens anstreben.⁸⁷

Die positive Theorie vermag daher auch zu begründen, warum staatliche Eingriffe in den Wettbewerb oftmals in der Realität von den theoretischen Empfehlungen der normativen Theorie abweichen. Wenn Politiker ihre Handlungen und Programme allein an den Präferenzen der Wähler orientieren, kann eine Übereinstimmung der Wünsche der Wähler mit den Empfehlungen der normativen Theorie rein zufällig sein. Interessensgruppen können zudem Politiker und Bürokraten dazu bewegen, Gesetze und Regulierungen durchzusetzen, die nur für eine kleine, aber machtvolle Interessensgruppe von Vorteil sind, nicht aber für die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt.

3. Ergebnis

Sowohl die normative als auch die positive Theorie stellen nur Erklärungsmodelle für staatliches Tätigwerden im Marktprozess dar. Es handelt sich bei ihnen nicht um konkurrierende, sondern um komplementäre, einander ergänzende Ansätze. Während die positive Theorie eher dazu geeignet ist, reale politische Prozesse zu erklären, repräsentiert die normative Theorie des Marktversagens einen wichtigen Referenzstandard für die Wirtschaftspolitik, indem sie die Funktionsfähigkeit marktlicher (Selbst)Steuerung analysiert und die notwendigen Bedingungen für einen staatlichen Eingriff in den Marktprozess benennt.⁸⁸

Staatliches Tätigwerden auf dem Gebiet der gemeinwohlorientierten Leistungen geht auf wirtschaftliche wie auch auf soziale Überlegungen zurück. Man spricht daher auch vom „doppelten Fundament“⁸⁹ staatlicher Eingriffe in den Marktprozess in diesen Wirtschaftssektoren. Es besteht eine enge Beziehung zwischen der wirtschaftlichen Logik, die einen Eingriff mit dem Bestreben begründet, gleichzeitig eine Vielzahl wirtschaftlicher Ziele zu erreichen (Effizienzgedanke) und sozialen Zielsetzungen, die dazu führen, dass Ziele wie

⁸⁵ Vergleiche nur Blankart, C., *The Contribution of Public Choice to Public Utility Economics – a Survey*, in: Finsinger, J. (Hrsg.), *Public Sector Economics*, 1983, S. 151 ff.

⁸⁶ Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 42.

⁸⁷ Vgl. Stigler, G., *The theory of economic regulation*, BJEMS 1971, S. 3 (12); Posner, R., *Theories of economic regulation*, BJEMS 1974, S. 335 ff.

⁸⁸ Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 387.

⁸⁹ So der CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 11.

allgemeiner Zugang, soziale Bindung, Verteilungsgerechtigkeit und die Schaffung von Infrastrukturen Bestandteile einer Entwicklung zur Verbesserung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts sind.

Um in den vom Wettbewerb als Kontroll- und Steuerungsmechanismus ausgenommenen Wirtschaftsbereichen die Zielfunktionen des Wettbewerbs dennoch zu realisieren, werden üblicherweise die dort tätigen privaten Unternehmen entweder staatlich kontrolliert oder verstaatlicht.⁹⁰ Einer Analyse dieser beiden Methoden ist der folgende Abschnitt gewidmet.

II. Möglichkeiten und Methoden staatlicher Eingriffe in den Marktprozess

1. Staatliche Steuerung und Kontrolle von Ausnahmebereichen am Beispiel natürlicher Monopole

Im folgenden sollen die Methoden staatlichen Eingreifens in den Marktprozess, um in den vom Wettbewerb als Kontroll- und Steuerungsmechanismus ausgenommenen Wirtschaftsbereichen die Zielfunktionen des Wettbewerbs dennoch zu realisieren, anhand der Fallgruppe des natürlichen Monopols vorgestellt werden. Ist ein Marktversagen in der Form des natürlichen Monopols festgestellt, so sind drei verschiedene Reaktionsmöglichkeiten des Staates denkbar: die Duldung des (privaten) natürlichen Monopols, die Errichtung eines staatlichen Monopols oder die Ausübung öffentlicher Kontrolle in Form von Regulierung über das private Monopol.⁹¹

a) Duldung

Der Duldung von privaten natürlichen Monopolen entspricht gesetzestechnisch entweder das Fehlen jeglicher Regelung überhaupt (sog. totales Laisser-faire) oder die Behandlung von Kartellen als nicht einklagbaren Naturalobligationen im Sinne des § 762 BGB analog.⁹² Wirtschaftstheoretisch läßt sich die Duldung eines (privaten) natürlichen Monopols mit zwei Argumenten begründen: Dem Vertrauen auf das Wohlverhalten von Unternehmen und den Selbstheilungskräften des Marktes.⁹³ Dieser Laisser-faire Ansatz unterliegt allerdings fundierter Kritik, da gute Marktergebnisse nicht auf einem jederzeit veränderbaren Wohlverhalten privater Unternehmen beruhen dürfen und Vertrauen in das Wohlverhalten von Unternehmen allein keinen Ersatz für eine rationale Wettbewerbspolitik darstellen kann.

⁹⁰ Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 45.

⁹¹ Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 22; Woll, A., *Wirtschaftspolitik*, 1992, S. 84.

⁹² Hierzu Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 153, der kritisch darauf hinweist, dass z.B. in Deutschland die Vertreter der sog. alt-liberalen Richtung ein Kartellverbot als übermäßigen staatlichen Eingriff in das Wirtschaftsgeschehen abgelehnt und statt dessen gefordert haben, Kartellverträgen lediglich den Rechtsschutz zu verweigern, soweit sie Dritte schädigen.

⁹³ Dieser Ansatz charakterisiert die wettbewerbspolitische Variante der sog. Chicago School of Antitrust Analysis, zu deren prominentesten Vertretern Bork, Demsetz, Director, Posner und Stigler gehören und deren „Laisser-faire“ Konzept in den 80er Jahren zur Maxime der US-amerikanischen Antitrustpolitik unter Präsident Reagan wurde. Vgl. hierzu detailliert Posner, R., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, UPLR 1979, S. 925 ff.

Auch Selbstheilungskräfte sind, wenn überhaupt, nur langfristig und nicht in allen Bereichen wirksam und bieten in der Zwischenzeit keinen Schutz vor mißbräuchlicher Marktmacht.⁹⁴ Auf dem Gebiet der gemeinwohlorientierten Leistungen ist die Duldung natürlicher Monopole in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in der historischen Perspektive so gut wie unbekannt. Gerade dieser Bereich ist in Europa starken staatlichen Eingriffen unterworfen worden, häufig in der Form einer Verstaatlichung privater Monopolunternehmen.

b) Verstaatlichung

Kennzeichnendes Element der Verstaatlichung ist, dass die Produktion von Gütern auf dem in Frage stehenden Markt dem Staat vorbehalten ist und Privatpersonen untersagt wird. Der Staat entscheidet darüber, wie er sein Monopol organisatorisch ausgestaltet, ob er beispielsweise das Monopolgut durch Privatunternehmen produzieren läßt und durch die Verwaltung der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt, oder ob er es selber produziert und anbietet, oder ob er zu diesem Zweck ein öffentliches Unternehmen⁹⁵ gründet.⁹⁶ Im Gegensatz zur public-utility regulation in den USA⁹⁷ gingen zum Beispiel in der Bundesrepublik Deutschland die meisten Verkehrs- und Versorgungsunternehmen bald nach ihrem Entstehen ganz oder teilweise in öffentliches Eigentum über. Der Anteil öffentlicher Unternehmen in den Bereichen der Verkehrs- und Versorgungswirtschaft lag in der Bundesrepublik gemessen am Nominalkapital noch bis in die neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts knapp unter 90%.

Die idealtypische Annahme, dass mit einer Verstaatlichung im Sinne einer bloßen Änderung der Eigentumsverhältnisse (öffentliches Eigentum anstelle von privatem) alle Probleme gelöst seien, weil die Vertreter der öffentlichen Hand ausschließlich im öffentlichen Interesse handeln und anstelle des Gewinnmaximierungs- ein Wohlfahrtsmaximierungsziel verfolgen, hat sich allerdings im länderübergreifenden Vergleich nicht bestätigt.⁹⁸ Vielmehr zeigen die bisherigen Beobachtungen, dass sich auch die Entscheidungsträger von öffentlichen Unternehmen in erster Linie dem Interesse des von ihnen geleiteten Unternehmens und nicht irgendwelchen Wohlfahrtszielsetzungen verpflichtet fühlen. Zudem ist die Verbraucherversorgung bei öffentlichen Monopolen oft schlechter als bei privaten Monopolunternehmen, da der politische Kontrollmechanismus bei staatlichen Unternehmen auf Grund der Solidarität oder personellen Identität von Managern des öffentlichen Unternehmens und politischen Entscheidungsträgern⁹⁹ stark eingeschränkt ist.¹⁰⁰

⁹⁴ So z.B. Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 153.

⁹⁵ Zur Problematik öffentlicher Unternehmen siehe Blankart, C., *Ökonomie der öffentlichen Unternehmen*, 1980, S. 115-149; ders., *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*, 1998, S. 427-439, 480, 529-532; Mühlenkamp, H., *Öffentliche Unternehmen*, 1994.

⁹⁶ Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 22 f.

⁹⁷ In den USA kam es im Bereich der natürlichen Monopole und Oligopole (Versorgungswirtschaft, Verkehr etc.) regelmäßig nicht zu Verstaatlichungen, sondern die privaten Unternehmen unterliegen einer umfassenden Staatsaufsicht durch die sog. Regulatory Comissions, die als eine Art „countervailing power“ im Interesse marktschwächerer Konkurrenten, Zulieferer oder Abnehmer und Verbraucher fungieren.

⁹⁸ Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 47 und 155.

⁹⁹ Z.B. Gewerkschafts-, Partei- oder Regierungsfunktionäre.

¹⁰⁰ Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 47 und 155.

c) Staatliche Kontrolle über das private natürliche Monopol (Regulierung)

Die dritte Möglichkeit, Marktversagen in der Fallgruppe des natürlichen Monopols zu begegnen, besteht in der Ausübung staatlicher Kontrolle über das private natürliche Monopol, durch welche die Handlungsfreiheit des betroffenen Unternehmens eingeschränkt wird. Unter einer solchen Regulierung sind solche spezifischen mikroökonomischen Einschränkungen der Gewerbe- und Vertragsfreiheit durch den Staat zu verstehen, die sich nur auf einzelne Wirtschaftsbereiche beziehen und von gesetzlichen makroökonomischen Rahmenbedingungen, die die Spielregeln für alle Wirtschaftsteilnehmer festlegen, zu unterscheiden sind.¹⁰¹ Sie lassen sich im wesentlichen als kumulative oder alternative Eingriffe in Form der Preis- und Renditenregulierung, der Qualitäts- und Konditionenregulierung, eines Kontrahierungszwangs oder einer Marktzugangsregelung charakterisieren.

Insbesondere die staatliche Aufsicht über die Preisbildung des betreffenden Unternehmens, die sogenannte Preisregulierung¹⁰², stellt neben dem Instrument der Verstaatlichung das am häufigsten gewählte Mittel der Wirtschaftspolitik zur Verhinderung von Ausbeutung und übermäßigen Wohlfahrtsverlusten dar. Die gängigsten Formen der Preisregulierung sind die sogenannte kostenorientierte Regulierung (Cost-Plus Regulierung)¹⁰³, die Regulierung der Gewinne des Monopolisten (Renditen- oder rate-of-return Regulierung)¹⁰⁴ und die Preisobergrenzen-Regulierung (Price-Cap Regulierung).¹⁰⁵

Gerade auf dem Gebiet gemeinwohlorientierter Leistungen spielen Preisvorgaben an natürliche Monopolisten eine wesentliche Rolle und können neben rein wirtschaftlichen Gründen auch in hohem Maße verteilungspolitisch motiviert sein. So sind zum Beispiel in den meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Anbieter von Post- und Telekommunikationsdiensten zur Sicherstellung der Tarifeinheit im Raum verpflichtet. Hiermit wird gewährleistet, dass der Preis für bestimmte Leistungen wie die Einrichtung eines Telefonanschlusses oder die Beförderung eines Briefes in allen Regionen eines Landes gleich

¹⁰¹ Nach der Definition der von der deutschen Bundesregierung 1987 eingesetzten Deregulierungskommission ist Regulierung „jede staatliche oder staatlich sanktionierte Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten, der Verfügungsmöglichkeiten des Menschen. Sie betrifft dessen Verfügen über sich selbst, über Sachen und über Rechte, sei es in tatsächlicher, sei es in rechtsgeschäftlicher, insbesondere vertraglicher Art.“, vgl. Deregulierungskommission, *Markttöffnung und Wettbewerb*, 1991, S.1; zur ordnungspolitischen Diskussion in Deutschland siehe Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 6 f.

¹⁰² Zur Preisregulierung natürlicher Monopole siehe Feess, E., *Mikroökonomie*, 1997, S. 356-362; Finsinger, J., *Wettbewerb und Regulierung*, 1991, S. 107-126; Brown/Sibley, *The Theorie of Public Utility Pricing*, 1989; Berg/Tschirhart, *Natural Monopoly Regulation: principles and practice*, 1988.

¹⁰³ Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass sich der genehmigte Tarif an den Bereitstellungskosten für die betreffende Leistung orientiert. Kostenorientierte Formen der Regulierung sind z.B. die Verpflichtung des Monopolisten zu Grenzkostenpreisen und Defizitabdeckung durch den Staat, Pareto-optimale Angebotsmengen und Preisdifferenzierung, Verpflichtung zu kostendeckenden Preisen wie Durchschnittskosten- und sog. Ramsey-Preise.

¹⁰⁴ Hier soll durch Regulierung der Kapitalverzinsung die Preissetzung so erfolgen, dass das betreffende Unternehmen eine Verzinsung für das eingesetzte Kapital in Höhe des Kapitalmarktzinses und einen angemessen Gewinn erwirtschaften kann.

¹⁰⁵ Zu diesen Regulierungsinstrumenten im einzelnen ausführlich Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 220 ff.

hoch ausfällt, ohne Rücksicht auf möglicherweise unterschiedlich hohe Kosten für die Bereitstellung dieser Leistung.¹⁰⁶

Neben der Preisregulierung sind auch noch andere Instrumente staatlichen Eingreifens beim Vorliegen eines natürlichen Monopols denkbar. Die zeitlich befristete Versteigerung des Monopols¹⁰⁷, die Schaffung gegengewichtiger Marktmacht¹⁰⁸ oder staatliche Vorgaben hinsichtlich der Qualität der vom betreffenden Unternehmen angebotenen Leistung und des Geschäftsgebarens¹⁰⁹ sind in der Praxis anzutreffende Regulierungsinstrumente. Denkbar ist auch, auf Marktversagen in Form des natürlichen Monopols mit der Einsetzung von Regulierungskommissionen¹¹⁰ zu reagieren, die durch Maßnahmen wie zum Beispiel die Einschränkung des Marktzugangs, Preiskontrolle, Qualitäts- und Konditionenfestsetzung oder die Anordnung eines Kontrahierungszwangs, die Auferlegung von Steuern oder die Gewährung von Subventionen einen funktionsfähigen Wettbewerb ermöglichen.

2. Staatliche Steuerung und Kontrolle bei externen Effekten, Informationsasymmetrien und politischen Ausnahmebereichen

Die anhand der Fallgruppe des natürlichen Monopols aufgezeigten möglichen Ansätze staatlicher Wettbewerbspolitik gelten ebenso für die Fallgruppen der externen Effekte, Informationsasymmetrien und politischen Ausnahmebereiche vom Wettbewerb. So kann staatliches Eingreifen in Form von Regulierung die unerwünschten Folgen von Externalitäten zum Beispiel durch moralische Appelle, staatliche Bereitstellung, erzwungene Fusion der Beteiligten oder kollektive Bereitstellung, Ge- und Verbote, Auflagen, Erhebung von Steuern,

¹⁰⁶ Beispiel nach Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 230.

¹⁰⁷ Dieses Konzept sieht vor, dass die potentiellen Anbieter von Monopolleistungen im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens durch verdeckte Preisangebote um das zeitlich befristete Recht konkurrieren, den gesamten Monopolmarkt bedienen zu dürfen, vgl. hierzu ausführlich Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 231 f.; Kruse, J., *Ökonomie der Monopolregulierung*, 1985, S. 344-389; Windisch, R., *Privatisierung natürlicher Monopole*, 1987, S. 105-122.

¹⁰⁸ Das Konzept der sog. countervailing power soll die unerwünschten Wirkungen von Marktmacht neutralisieren und damit ähnliche gesamtwirtschaftliche Funktionen wie der Wettbewerb erfüllen. Angesichts der Grundannahme, dass ein natürliches Monopol aber gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass ohne staatlichen Einfluß auf Dauer nur ein Unternehmen wirtschaftlich überleben kann, unterliegt das Gegenmarktkonzept als generelles Ordnungsprinzip fundierter Kritik, vgl. z.B. Kantzenbach, E., *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1967, S. 152: *„[Das Prinzip der Gegenmacht] würde weder einen optimalen Einsatz der vorhandenen Produktionsfaktoren noch ihre wachstumsgerechte Weiterentwicklung garantieren. Die Zulassung oder sogar Förderung von Gegenmarktmacht, insbesondere in der Form von Kartellen, könnte weder die Kontrolle und Beschränkung ursprünglicher Marktmacht noch die Auslese- und Konzentrationsförderung übersetzter Wirtschaftszweige generell überflüssig machen.“*

¹⁰⁹ Z.B. Kontrahierungszwang um sicherzustellen, dass das Gut für jeden Nachfrager zu festgelegten Konditionen bereitgestellt wird.

¹¹⁰ Diese können als Rechtsaufsicht, Tarifaufsicht, Wettbewerbsaufsicht oder als technische Aufsicht fungieren.

Zahlung von Subventionen, Verhandlungen (Coase-Theorem¹¹¹) oder durch die Ausgabe handelbarer Schädigungsrechte¹¹² verhindern.¹¹³

Als Regulierungsinstrumente bei Marktversagen in Form von Informationsmängeln kommen vor allem die Einführung von Informationspflichten, öffentliche Informationsbereitstellung, der Erlass von Mindeststandards und subjektiven Marktzugangsbeschränkungen, die Verpflichtung zu Garantien, die Einführung einer Sozialversicherung mit Versicherungspflicht, die Regelung des Haftungsrechts oder die Gewährung von Transfers zur nachträglichen Kompensation in Betracht.¹¹⁴ Schließlich stehen all diese Ansätze auch beim Vorliegen von politischen Ausnahmereichen alternativ oder kumulativ (policy-mixing) zur Verfügung.

In allen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft werden staatliche Eingriffe in den Marktprozess fast ausnahmslos mit einer Kombination verschiedener Methoden vorgenommen, da ein isolierter Einsatz einzelner Instrumente regelmäßig zu unerwünschten Ausweichhandlungen der kontrollierten Unternehmen oder ihrer Konkurrenten führt.¹¹⁵ Deutlich wird dies auch in dem von der OECD 1995 mit dem Titel „Improving the quality of government regulation“ herausgegebenen Regulierungsbericht, dem besonders die Bewußtmachung der Vielfalt der Möglichkeiten am Herzen liegt, unter denen es einen politikfeld-spezifischen Regulierungsmix zusammenzustellen gelte.¹¹⁶ So heißt es in der Frage 3 der „OECD Checklist for regulatory decision-making“ unter der Überschrift „Is regulation the best form of government action?“:

„19. The decision about how to intervene may be as important as the decision whether to intervene. Governments can choose from a variety of regulatory and non-regulatory policy instruments with very different implications for results, costs, distribution of benefits and costs, and administrative requirements. Considerable work in OECD countries suggests that a skillful use of alternatives can reduce costs and increase the effectiveness of government action.

20. [...] governments consider alternative forms of action such as economic instruments, voluntary agreements, self-regulation, information disclosure, persuasion, and various types of performance-

¹¹¹ Vgl. hierzu Fritsch/Wein, *Coase contracts and the producer's incentive to innovate*, Freiburger Arbeitspapiere Nr. 5, 1998; Schlicht, E., *Exploiting the Coase Mechanism: The Extortion Problem*, 1994; Aschinger, G., *Das Coase-Theorem*, WISU 1985, S. 97 ff.; Bauer/Illing, *Das Coase-Theorem*, WISU 1992, S. 97 ff.; dieselben, *Transaktionskosten und das Coase-Theorem*, WISU 1992, S. 933 ff.; Frank, R., *Microeconomics and Behaviour*, 2000, chapter 17.

¹¹² Vgl. hierzu Behrens, P., *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, 1986, S. 158-169; Finsinger, J., *Wettbewerb und Regulierung*, 1991, Kapitel 13; Koboldt/Leder/Schmidtchen, *Die ökonomische Analyse des Rechts*, WiSt 1992, S. 334 ff.; Endres, A., *Ökonomische Grundlagen des Haftungsrechts*, 1991.

¹¹³ Allgemein Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 112 ff.; Bössmann, E., *Externe Effekte*, WISU 1979, S. 95 ff. und 147 ff.; Blankart, C., *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*, 1998, S. 487-498; Endres, A., *Umweltökonomie*, 1994; Feess, E., *Mikroökonomie*, 1997, S. 507-550; Pearce/Turner, *Economics of Natural Resources and the Environment*, 1990; Streißler, E., *Das Problem der Internalisierung*, in: König, H. (Hrsg.), *Umweltverträgliches Wirtschaften als Problem von Wissenschaft und Politik*, 1993, S. 87 ff.

¹¹⁴ Hierzu ausführlich Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 294 ff. mit umfassenden Literaturnachweisen auf Seite 303 f.

¹¹⁵ Müller/Vogelsang, *Staatliche Regulierung*, 1979, S. 348 ff.

¹¹⁶ Hierzu Schuppert, G., *Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat: Privatisierung als Veränderung staatlicher Handlungsformen*, in: König/Benz (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, 1997, S. 539 (564).

based regulation. In practice, regulation and other instruments are usually combined into a carefully-designed policy mix.

21. Regulatory officials should be encouraged to carry out, early in the regulatory process, an informed consideration of regulatory and non-regulatory instruments. Such a consideration will support a process of systematic and open decision-making that uses the range of policy instruments more skillfully and creatively to achieve better policy outcomes. When information is inadequate to move into full-scale alternative approaches, experimentation and pilot testing may be appropriate intermediate steps.¹¹⁷

3. Ergebnis

Festzuhalten bleibt, dass die verschiedenen wettbewerbspolitischen Ansätze der Durchsetzung der Regulierungsfunktion des modernen Steuerungsstaates dienen. Sie sind eine spezifische Form oder Modalität der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben. Die verschiedenen Instrumente staatlichen Eingreifens in den Marktprozess in Ausnahmebereichen fungieren bei verstaatlichten Wirtschaftszweigen als Garanten staatlicher Erfüllungsverantwortung für bestimmte Güter und Dienste, im Falle der Missbrauchsaufsicht über private Wirtschaftszweige als Garanten staatlicher Gewährleistungsverantwortung dafür, dass bestimmte Güter und Dienste durch Private zur Verfügung gestellt werden.¹¹⁸ Regulierung und Verstaatlichung kennzeichnen also die symbiotische Verbindung hoheitlicher und unternehmerischer Funktionen. Welche Wirtschaftsbereiche staatlicher Steuerung und Kontrolle unterliegen und in welcher Form, wird von den Mitgliedstaaten definiert, die souverän entscheiden, welche Aufgaben sie in ihrer Zuständigkeit und auf welche Weise wahrnehmen wollen.¹¹⁹ Diese Staatsaufgaben werden in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zum Teil als gemeinwohlorientierte Leistungen, als Daseinsvorsorge oder als service public bezeichnet und unterliegen unterschiedlich ausgestalteten rechtlichen Ordnungsrahmen. Die kennzeichnenden Elemente dieser rechtlichen Traditionen und Begrifflichkeiten sollen im folgenden Abschnitt dargestellt werden.

¹¹⁷ OECD, *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation, including the OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making and Background Note*, 1995, S. 15.

¹¹⁸ So auch Schuppert, G., *Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat: Privatisierung als Veränderung staatlicher Handlungsformen*, in: König/Benz (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, 1997, S. 539 (575).

¹¹⁹ Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FIW 1999, S. 71.

III. Rechtliche Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa

1. Einleitung

Die Verschiedenheit der nationalen Rechtstraditionen in der Europäischen Union schafft von vornherein Probleme bei der Wortwahl, da es keine einheitliche Begrifflichkeit für das Angebot von Gütern oder Dienstleistungen gibt, deren Sicherstellung der Staat als öffentliche Aufgabe ansieht. So wird beispielsweise von öffentlichen Dienstleistungen¹²⁰, Leistungen der Daseinsvorsorge¹²¹, Leistungen des service public¹²², oder von Diensten und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse¹²³ gesprochen. Auch wenn diesen Konzepten ein gemeinsamer Ausgangspunkt zugrunde liegt, haben diese Begriffe nicht in allen Ländern der Europäischen Union dieselbe Bedeutung.¹²⁴ Es wird aber eine gemeinsame europäische Tradition deutlich: All diese Begriffe umschreiben ein Entwicklungsmodell, das wirtschaftliche Effizienz und sozialen Zusammenhalt, Wettbewerbsfähigkeit und Sozialverträglichkeit miteinander in Einklang bringen soll. Dieses Entwicklungsmodell mündet in allen europäischen Ländern in die heutige Ausprägung staatlich kontrollierter öffentlicher oder privater Versorgungsbetriebe ein, wenn auch aufgrund der unterschiedlichen Geschichte und Tradition in sehr unterschiedlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Formen.

Während bisher allein die Bedeutung staatlicher Eingriffe in den Marktprozess auf dem Gebiet gemeinwohlorientierter Leistungen aus wirtschaftstheoretischer und gesellschaftspolitischer Sicht analysiert wurde, soll im folgenden die verwaltungsrechtliche Bedeutung untersucht werden, die staatlich kontrollierter unternehmerischer Tätigkeit in diesen Wirtschaftssektoren in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union beigemessen wird. Versucht man, die im einzelnen sehr verschiedenen mitgliedstaatlichen Rechtsentwicklungen zu typisieren und zu systematisieren, so lassen sich die europäischen Traditionen in zwei Gruppen unterteilen. In den südlichen Staaten mit romanischer Rechtstradition wie Frankreich, Spanien oder Italien hat das Konzept staatlich kontrollierter unternehmerischer Tätigkeit in den Modellen des service public, servicio público und servizio pubblico eine grundlegende verwaltungsrechtliche Bedeutung erfahren. Diese im einzelnen begrifflich recht unscharfen Schlagworte dienen zur sprachlichen Kennzeichnung bestimmter wirtschaftlicher Tätigkeiten von Versorgungsbetrieben, an deren Ausgestaltung und Durchführung ein hohes politisches Interesse besteht und die daher einer besonders starken staatlichen Steuerung und Kontrolle unterworfen werden, die regelmäßig auch mit der Verleihung einer besonderen Rechtsstellung im Wettbewerb verbunden ist, sei es durch die Organisationsform als öffentliches Unternehmen oder durch die Verleihung ausschließlicher oder besonderer Rechte. Unternehmen, die solche Tätigkeiten durchführen, sind ihrerseits durch eine Abhängigkeitsstellung vom Staat gekennzeichnet, während umgekehrt der Staat für das

¹²⁰ So beispielsweise der Titel der CEEP Publikation, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, und der Titel von Cox, H. (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 1996.

¹²¹ Europäische Kommission, *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, KOM (1996) 210 endg., ABl. EG 1996 Nr. C 281/03, Rd. I.1.

¹²² Vgl. z.B. Tettinger, P., *Vorüberlegungen zu einer „Charte européenne de service public“*, RdE 1995, S. 175 ff.

¹²³ Vgl. den Wortlaut von Art. 86 Abs. 2 und Art. 16 EGV.

¹²⁴ Siehe hierzu ausführlich Thiry, B., *Öffentliche Dienstleistungen: Konzepte und Realitäten*, in: Cox, H. (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 1996, S. 29 ff.

Verhalten dieser Unternehmen aufgrund seines Einflusses, das er auf deren Verhalten ausüben kann, besondere Verantwortung trägt.

In den mitteleuropäischen und skandinavischen Staaten germanischer oder angelsächsischer Tradition zeigt sich dagegen ein völlig anderes Bild. Zwar ist auch hier ein großer Teil der Wirtschaftstätigkeit staatlicher Steuerung und Kontrolle unterworfen, allerdings ohne dass bestimmte, besonders stark regulierte wirtschaftliche Tätigkeiten als eigenständiges organisatorisches oder funktionelles verwaltungsrechtliches Konzept nennenswerte Ausprägungen¹²⁵ erfahren haben.¹²⁶ Im folgenden soll ein Überblick über die beiden unterschiedlichen Entwicklungslinien gegeben werden.

2. Das französische Modell des service public

„Der service public ist integraler Bestandteil der französischen Kultur. Die Werte, die mit ihm verbunden sind, wie die Solidarität zwischen den Franzosen und den verschiedenen Teilen des Territoriums, sind die Grundlage des sozialen Zusammenhalts in unserem Lande und des republikanischen Pakts, auf dem er gründet.“¹²⁷

Insbesondere in Frankreich ist das Konzept des staatlich gesteuerten und kontrollierten Güter- und Dienstleistungsangebots Gegenstand einer fundierten Doktrin, die mit dem Begriff des service public ihre sprachliche Kennzeichnung gefunden hat.¹²⁸ Service public hat eine weit über den deutschen Terminus „öffentlicher Dienst“ hinausgehende Bedeutung und bezeichnet als einheitliches Konzept eine Vielzahl öffentlicher Funktionen und Dienstleistungen wie Gas- und Stromversorgung, öffentlicher Verkehr, Schul- und Justizwesen, Wasser- und Abfallversorgung sowie Post- und Telekommunikationsdienste.¹²⁹ Neben seiner rein technischen Bedeutung als Begriff des Verwaltungsrechts erscheint das Konzept des service public im Bereich der Rechtsphilosophie auch als wichtiger Ausdruck

¹²⁵ Hiervon ist die volkswirtschaftliche Relevanz zu unterscheiden. Staatlich regulierte Branchen (regulated industries) spielen in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine gewichtige Rolle innerhalb der Volkswirtschaften.

¹²⁶ Insbesondere in den skandinavischen Ländern resultiert das Konzept des staatlich regulierten Dienstleistungs- und Güterangebots mehr aus Gewohnheitsrecht oder aus allgemeinen, in der Rechtsprechung verankerten Grundsätzen.

¹²⁷ So der Parlamentsbericht des RPR-Abgeordneten Frank Borotra, *Faut-il défendre le service public?*, Rapport d'information Nr. 2260, Assemblée nationale, 02.10.1995, S. 15.

¹²⁸ Vgl. zum französischen Konzept des service public Keller, J., *Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV*, 1999; Mescheriakoff, A.-S., *Droit des Services Publics*, 1997; Le Nestour/Zinow, *Rechtsfragen des „service public“*, RdE 1994, S. 129 ff. und 170 ff.; Uterwedde, H., *Abschied vom französischen Modell? Staat und Wirtschaft im Wandel*, in: Christalder/Uterwedde (Hrsg.), *Länderbericht Frankreich*, 1999, S. 201 (217 ff.); Kovar, R., *Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, R.T.D.E. 1996, S. 215 ff. und 493 ff.; Celestine/Felsner, *Öffentliche Unternehmen, Privatisierung und service public in Frankreich*, RIW 1997, S. 105 ff.; Voisset, M., *Les services publics en France*, in: CEEP (Hrsg.), *Europe, Concurrence et service public*, 1995, S. 120 ff.; Fiquet, A., *Das französische System des service public unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft*, in: Hüffer/Ipsen/Tettinger (Hrsg.), *Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa*, 1996, S. 15 ff.; Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1996, S. 47 ff., 67 ff., 109 ff.; Martinand, C., *Le service public en France et en Europe*, R.D.A.E. 1994, S. 80 ff.; CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 13 und 19 ff.; zur geschichtlichen Entwicklung des Konzepts vgl. nur Knemeyer, E., *Die Etablissements publics im französischen Verwaltungsrecht*, 1996, S. 46 ff.

¹²⁹ Uterwedde, H., *Abschied vom französischen Modell? Staat und Wirtschaft im Wandel*, in: Christalder/Uterwedde (Hrsg.), *Länderbericht Frankreich*, 1999, S. 201 (218).

von Werten wie dem öffentlichen Nutzen oder dem Allgemeininteresse, die sich wiederum in der verwaltungsrechtlichen Praxis in Anwendungsgrundsätzen wie Kontinuität, Wandelbarkeit, Anpassungsfähigkeit, gleichberechtigtem Zugang und Gleichbehandlung niedergeschlagen haben.¹³⁰ Viele Franzosen charakterisieren das Konzept des *service public* daher auch als kulturelle Vision der Sozialbeziehungen¹³¹ und rechnen ihn in organisatorischer und funktioneller Hinsicht zum Kern des französischen Nachkriegsmodells, da der ökonomische Wiederaufbau und die Modernisierung Frankreichs insbesondere durch die 1946 gebildeten Einheitsunternehmen im Bereich der Elektrizitäts-¹³², Gasversorgung¹³³ und der Eisenbahn¹³⁴ vorangetrieben wurde. Durch umfangreiche Investitionen wurde eine Infrastruktur geschaffen, deren hohes technisches Niveau sich positiv auf die Produktivität der gesamten französischen Volkswirtschaft auswirkte; gleichzeitig trugen die Unternehmen zur sozialen und territorialen Kohäsion bei, indem sie das gesamte Territorium an das Versorgungs- und Kommunikationsnetz anschlossen und über ihre Tarifgestaltung de facto eine Art Finanzausgleich zugunsten der benachteiligten Regionen Frankreichs schufen.¹³⁵

Inhaltlich wird in Frankreich zwischen dem funktionellen und dem organisatorischen Konzept des *service public* unterschieden.¹³⁶ Unter dem organisatorischen Konzept versteht man den Teil der Administration oder das öffentliche Organ, das von der öffentlichen Hand oder auf deren Initiative hin eingerichtet und verwaltet wird. Im Bereich der lokalen Dienstleistungen hat sich ? im Gegensatz zur deutschen Entwicklung der Vorherrschaft des Modells kommunaler und regionaler öffentlicher oder gemischtwirtschaftlicher Eigenbetriebe ? seit Anfang des 20. Jahrhunderts die Praxis der Konzessionsvergabe an private Unternehmen durchgesetzt.¹³⁷ Die netz- und leitungsgebundenen Dienstleistungen auf nationaler Ebene sind seit Ende des 2. Weltkrieges in der Hand großer öffentlicher Monopolunternehmen wie La Poste, France Télécom, SNCF, Air France, EDF oder GDF.¹³⁸ Im organisatorischen Sinne werden daher in Frankreich aufgrund ihrer überragenden Bedeutung auch nur die großen nationalisierten Unternehmen im Verkehrs-, Nachrichten- und Energiesektor dem Modell des *service public* zugerechnet.¹³⁹

¹³⁰ CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 20.

¹³¹ Stoffaes, C., *Préface*, in: Commissariat général du plan (Hrsg.), *La régulation des services publics. Concilier équité et efficacité. Rapport du groupe présidé par Claude Martinand*, 1995, S. 9.

¹³² EDF (Electricité de France)

¹³³ GDF (Gas de France)

¹³⁴ SNCF (Société nationale des chemins de fer français), Französische Staatsbahn.

¹³⁵ Uterwedde, H., *Abschied vom französischen Modell? Staat und Wirtschaft im Wandel*, in: Christalder/Uterwedde (Hrsg.), *Länderbericht Frankreich*, 1999, S. 201 (218).

¹³⁶ Thiry, B., *Öffentliche Dienstleistungen: Konzepte und Realitäten*, in: Cox, H. (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 1996, S. 29 (30).

¹³⁷ Uterwedde, H., *Abschied vom französischen Modell? Staat und Wirtschaft im Wandel*, in: Christalder/Uterwedde (Hrsg.), *Länderbericht Frankreich*, 1999, S. 201 (219); ein statistischer Vergleich der kommunalen Dienstleistungsversorgung in Deutschland und in Frankreich findet sich im Bericht des Commissariat général du plan, *Service publics: question d'avenir. Rapport de la commission présidée par Christian Stoffaes*, 1995, S. 91.

¹³⁸ Ebenda findet sich auch eine statistische Übersicht über die großen öffentlichen Monopolunternehmen in Frankreich.

¹³⁹ Uterwedde, H., *Abschied vom französischen Modell? Staat und Wirtschaft im Wandel*, in: Christalder/Uterwedde (Hrsg.), *Länderbericht Frankreich*, 1999, S. 201 (219).

Im funktionellen Sinne stellt das französische Konzept des service public eine Aktivität im allgemeinen Interesse dar, die durch die Staatsgewalt zur öffentlichen, bzw. öffentlich-rechtlichen Tätigkeit erhoben wurde.¹⁴⁰ Nach der französischen Doktrin ist die Staatsgewalt ermächtigt, ein Gut oder eine Dienstleistung als öffentliches Gut oder öffentliche Dienstleistung zu deklarieren oder anzuerkennen. Sehr ähnliche Konzepte finden sich auch in Griechenland, Portugal, Belgien und Italien¹⁴¹. Der öffentliche Charakter der ausgeübten Tätigkeit ordnet das betreffende Unternehmen dem Bereich des service public zu, entzieht es den Marktgesetzen und dem Wettbewerbsrecht¹⁴² und ordnet die Tätigkeit ungeachtet dessen, ob ein Unternehmen nach seiner Trägerschaft im öffentlichen oder privaten Sektor anzusiedeln ist, kategorisch dem Verwaltungsrecht zu.¹⁴³

Festzuhalten bleibt, dass das französische Konzept des service public für das französische Verwaltungsrecht einen Rechtsbegriff darstellt.¹⁴⁴ Die moderne Lehre definiert eine Aktivität dann als service public, „wenn sie durch ein öffentliches Unternehmen oder unter dessen Verantwortung zur Erfüllung eines öffentlichen Interesses ausgeübt wird.“¹⁴⁵ Diese Definition enthält somit zwei Elemente: Erstens wird die besondere Rolle des Staates hervorgehoben, zweitens die Ausübung der Aktivität zur Befriedigung eines öffentlichen Interesses.¹⁴⁶ Allerdings muss auch die Unbestimmtheit des Begriffs und seine Offenheit für veränderte wirtschaftliche und politische Verhältnisse hervorgehoben werden.¹⁴⁷ Das französische Konzept des service public ist daher neben seiner rechtlichen auch und vor allem von politischer Bedeutung, da es Entwicklungen widerspiegelt, die vom Recht registriert, aber nicht gesteuert werden.¹⁴⁸

¹⁴⁰ Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 2.

¹⁴¹ Zum italienischen Modell des servizio pubblico vgl. CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 20 f.; Cassese, S., *Les services publics en Italie*, in: CEEP (Hrsg.), *Europe, concurrence et service public*, 1995, S. 109 ff.; Ferrari, K., *Die italienische Versorgungswirtschaft*, in: Tettinger, P. (Hrsg.), *Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa*, 1996, S. 47 ff.

¹⁴² Dazu Ebenroth/Strittmatter, *Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht im Markt der Europäischen Union*, 1995, S. 34 f.

¹⁴³ Denoix de Saint Marc, R., *Le service public. Rapport au Premier ministre*, 1996, S. 29 f.

¹⁴⁴ CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 13 und 19 ff.

¹⁴⁵ Chapus, R., *Droit Administratif Général*, 1992, S. 432 (zitiert nach Le Nestour/Zinow, *Rechtsfragen des „Service Public“*, RdE 1994, S. 129 (130)).

¹⁴⁶ Le Nestour/Zinow, *Rechtsfragen des „Service Public“*, RdE 1994, S. 129 (130).

¹⁴⁷ Rapp, L., *Public Service or Universal Service?*, TP 1996, S. 391, (394).

¹⁴⁸ Ebenso Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Festschrift für Hans Zacher zum 70. Geburtstag*, 1997, S. 635 (637).

3. Das spanische Konzept des servicio público

Das französische Konzept des service public wurde in Spanien Anfang des 20. Jahrhunderts in Form des servicio público übernommen.¹⁴⁹ Allerdings hat das Konzept des servicio público im spanischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht in der Folgezeit eine eigenständige und facettenreiche Entwicklung erfahren. Ursprünglich wurde der Begriff sowohl in

„einem weiten, als Inbegriff aller Verwaltungszwecke und somit als Identifizierungskriterium des Verwaltungsrechts oder als Konzept für die leistende, nicht eingreifende Verwaltung, als auch in einem engen und technischen Sinne, gleichwertig mit unmittelbarer oder mittelbarer, das heißt lediglich staatlicher Kontrolle unterliegender Befriedigung konkreter sozialer Bedürfnisse durch die öffentliche Hand und gleichzeitiger öffentlich-rechtlicher Regelung und Gestaltung der jeweiligen Aufgabenerledigung“¹⁵⁰

verwendet. Er kennzeichnete als Rechtsbegriff insbesondere die öffentliche Trägerschaft der Tätigkeit¹⁵¹, die öffentliche Entscheidung über die Form der Erbringung¹⁵², die öffentlichen Ordnungsbefugnisse hinsichtlich der Leistungserbringung¹⁵³, die regelmäßige und ununterbrochene Leistung und den objektiven Status der Benutzer oder Nutznießer, welche über ein abstraktes Recht auf die Leistung verfügen.¹⁵⁴

Dem Konzept liegt historisch somit ein weites Begriffsverständnis zugrunde, und es dient bis heute im allgemeinen Sprachgebrauch zur Kennzeichnung unterschiedlicher Sachbereiche wie des Gesundheits- oder Erziehungswesens, des öffentlichen Personenverkehrs, der Versorgung mit Wasser, Elektrizität und Gas, der Telekommunikation, des Rundfunks und Fernsehens, des Apothekenwesens und des Umweltschutzes.¹⁵⁵ Streitigkeiten, die sich aus dem servicio público zugeordneten Tätigkeiten ergeben, fallen nach Art. 3a des spanischen Verwaltungsgerichtsgesetzes von 1956 bis heute grundsätzlich unter die ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

Der spanische Staat hat in der Vergangenheit ähnlich wie Frankreich große Bereiche des Wirtschaftslebens verstaatlicht und als servicio público dem Wettbewerb entzogen. In der

¹⁴⁹ Siehe hierzu allgemein Des Guayo Castiella/Pielow, *Das spanische Konzept des servicio público*, RdE 1995, S. 225 ff.; Parejo Alfonso, L., *Zur aktuellen Situation des servicio público in Spanien*, in: Tettinger, P. (Hrsg.), *Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa*, 1996, S. 33 ff.; CEEP, *Europa, Wettbewerb und Öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 21; Jiminez-Blanco, A., *Les services publics en Espagne*, in: CEEP, *Europe, concurrence et service public*, 1995, S. 163 ff.

¹⁵⁰ Parejo Alfonso, L., *Zur aktuellen Situation des servicio público in Spanien*, in: Tettinger, P. (Hrsg.), *Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa*, 1996, S. 33.

¹⁵¹ Die Erklärung einer Tätigkeit zum servicio público erfolgt normalerweise durch Gesetz, was die Aufgabenverantwortung oder –trägerschaft mit verschiedener Intensität der zuständigen Verwaltung impliziert, verbunden mit gleichzeitiger Ausschaltung des direkten und unbehinderten Zugangs zur Tätigkeit für Private. Letztere benötigen zur Aufnahme einer als servicio público durch Gesetz erhobenen Tätigkeit einen entsprechenden Hoheitsakt des jeweiligen Verwaltungsträgers, in der Regel in Form von Verleihung, Konzession oder schlichter Genehmigung.

¹⁵² Selbstvornahme durch Verwaltungsträger oder durch privatrechtlich organisierte Eigengesellschaft (gestión directa), oder Vornahme durch Private mit Steuerung durch Regulierung (gestión indirecta).

¹⁵³ Art und Weise der Aufgabenerfüllung steht im freien Ermessen der Verwaltung, der theoretisch sämtliche oben unter II. genannte Regulierungsinstrumente zur Verfügung stehen.

¹⁵⁴ Parejo Alfonso, L., *Zur aktuellen Situation des servicio público in Spanien*, in: Tettinger, P. (Hrsg.), *Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa*, 1996, S. 33 (34 m.w.N.).

¹⁵⁵ Des Guayo Castiella/Pielow, *Das spanische Konzept des servicio público*, RdE 1995, S. 225 (226 m.w.N.).

spanischen Verfassung von 1978 wird zwar das Recht zur Errichtung und zum Betrieb von Unternehmen sowie die Freiheit, Unternehmen in allen Bereichen der Wirtschaft zu gründen, im Rahmen der Marktwirtschaft in Art. 38 CE als Grundrecht verankert, gleichzeitig aber der Staat in Art. 128 Abs. 2 CE dazu ermächtigt, die Unternehmensfreiheit für sich selbst per Gesetz zu beanspruchen und sich ein Monopol in Bezug auf wesentliche Tätigkeiten vorzubehalten.¹⁵⁶ Ob die Verstaatlichung eines Tätigkeitsbereichs gemäß Art. 128 CE im freien Ermessen des Staates und seiner Körperschaften steht, ist in der spanischen rechtswissenschaftlichen Literatur hoch umstritten.¹⁵⁷ Die heute wohl herrschende Meinung befürwortet eine enge Auslegung des Art. 128 Abs. 2 CE und plädiert parallel dafür, das Fehlen einer ausdrücklichen und konkreten Verankerung des Begriffs *servicio público* im Text der spanischen Verfassung zu einer Revision der Begriffsterminologie in der Form brauchbar zu machen, dass das Kriterium der öffentlichen Trägerschaft keinen notwendigen Bestandteil des Konzepts des *servicio público* darstellt. Verfassungsrechtlich sollen nur noch Ausnahmen von der Unternehmensfreiheit gemäß Art. 128 Abs. 2 CE zulässig sein, wenn diese objektiv gerechtfertigt sind.¹⁵⁸ Das Konzept des *servicio público* soll begrifflich keine Ausnahme von der Unternehmensfreiheit gemäß Art. 38 CE darstellen, sondern nur objektiv die staatliche Regulierung einer Tätigkeit rechtfertigen. Damit wird heute das Konzept des *servicio público* durch den Bruch mit der unauflöslichen Bindung zwischen öffentlich-rechtlicher Organisation und staatlich regulierter Tätigkeit auf ein völlig neues Fundament gestellt, nämlich auf das Prinzip des freien Wettbewerbs. Im Ergebnis entwickelt sich damit heute der *servicio público* von einem ursprünglich rein organisatorischen zu einem rein funktionell geprägten Konzept. In der Rechtsrealität spiegelt sich dieser Prozess seit Anfang der 80er Jahre des 20. Jahrhunderts in einer deutlichen Privatisierungstendenz wider. So wurde 1987 durch Gesetz ein Demonopolisierungsprogramm durchgeführt, mit dem zum Beispiel auf dem Telekommunikationssektor bisherige Vorrechte der *Téléfonica* abgebaut wurden und auf dem Verkehrssektor durch das Gesetz zur Neuordnung des Überlandverkehrs für den Schienenverkehr die Übertragung von Nebenstrecken an privatwirtschaftliche Träger angeordnet wurde.¹⁵⁹

4. Das deutsche Konzept der Daseinsvorsorge

In Deutschland spiegelt sich die zentrale Rolle, die die öffentliche Hand als Träger zahlreicher regulierter Unternehmen spielt, in der Definition der öffentlichen Dienste wider. Der 1938 von *Ernst Forsthoff* geprägte Begriff der Daseinsvorsorge fasst hierunter all das zusammen, „was seitens der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen.“¹⁶⁰ Hierzu zählte *Forsthoff* beispielhaft die Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität, die Bereitstellung von Verkehrsmitteln jeder Art, die Post, Telephonie und

¹⁵⁶ Des Guayo Castiella/Pielow, *Das spanische Konzept des servicio público*, RdE 1995, S. 225 (228).

¹⁵⁷ Vgl. die umfassenden Nachweise bei Parejo Alfonso, L., *Zur aktuellen Situation des servicio público in Spanien*, in: Tettinger, P. (Hrsg.), *Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa*, 1996, S. 33 (38/39).

¹⁵⁸ Insbesondere bei „wesentlichen“ oder „unverzichtbaren“ Dienstleistungen oder Gütern.

¹⁵⁹ Beispiele nach CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 21.

¹⁶⁰ Forsthoff, E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts - Band 1*, 1950, S. 264.

Telegraphie und die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit und Arbeitslosigkeit.¹⁶¹ Diese Leistungen seien unabhängig von ihrer Organisationsform und ihrer Zuordnung zum Privatrecht als „organische Gesamtheit“¹⁶² zu erfassen und dem Verwaltungsrecht zuzuordnen. Eine Unterstellung unter die Daseinsvorsorge könne sowohl durch Gesetz, als auch durch Bindungen in Form einer vertraglichen Konzessionserteilung erreicht werden.

Die Frage, warum die Daseinsvorsorge in den Aufgabenbereich des Staates und insbesondere seines Verwaltungsapparates fällt, wird von *Badura* damit beantwortet, dass Leistungen der Daseinsvorsorge „kraft einer praktischen Notwendigkeit der gesellschaftlichen Organisation Aufgabe des Staates“¹⁶³ seien; Daseinsvorsorge bezeichne im Sinne einer „Garantiefunktion der Verwaltung“¹⁶⁴ einen Sektor, in dem die Funktionsweise des Marktes, die gesellschaftliche Selbststeuerung und insbesondere ein funktionierender Wettbewerb nicht zu einer angemessenen Befriedigung der elementaren Lebensbedürfnisse führe.¹⁶⁵ *Forsthoff* erkannte zwar den Anteil der Wirtschaft an der Daseinsvorsorge an, wies dennoch die politische Daseinsverantwortung allein dem Staat zu.¹⁶⁶ Damit erhält der Staat den Primat über die Wirtschaft, und an die Stelle individueller Freiheitsrechte tritt der öffentlich-rechtliche Begriff der Teilhabe.¹⁶⁷ „Ihr den Schutz des öffentlichen Rechts zu verleihen, ist der Sinn des Begriffs der Daseinsvorsorge.“¹⁶⁸ Der auf Leistung Angewiesene soll sich auf Grundrechte berufen dürfen, da eine Leistungsverweigerung traditionellen belastenden staatlichen Eingriffen gleichzusetzen ist.¹⁶⁹

Auch wenn sich bis heute das von *Forsthoff* entwickelte Konzept der Daseinsvorsorge in der staats- und verwaltungsrechtlichen Literatur¹⁷⁰ großer Aufmerksamkeit erfreut, ist die

¹⁶¹ Forsthoff, E., *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, S. 7; ders., *Der Staat der Industriegesellschaft: dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 1971, S. 35.

¹⁶² Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Festschrift für Hans Zacher zum 70. Geburtstag*, 1997, S. 635 (636).

¹⁶³ Badura, P., *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat*, DÖV 1966, S. 624 (626).

¹⁶⁴ Klein, H., *Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, 1968, S. 85.

¹⁶⁵ So Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1996, S. 102; Klein, H., *Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, 1968, S. 18 f., 90; Badura, P., *Das Verwaltungsmonopol*, 1963, S. 188; ders., *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat*, DÖV 1966, S. 624 (630).

¹⁶⁶ Forsthoff, E., *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, S. 12; ders., *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen*, 1958, S. 6.

¹⁶⁷ Forsthoff, E., *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, S. 46 f.; Mestmäcker weist darauf hin, dass zugleich auch das Freiheitspathos der Normen endgültig überwunden werden sollte: „Die Aufgabe lautet: Die Wiederherstellung des Ranges der Menschen durch Wiedererrichtung seines Primats über die Dinge. Erhofft und gewollt ist die Aufhebung der Entfremdung im Namen des starken Staates.“, vgl. Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Festschrift für Hans Zacher zum 70. Geburtstag*, 1997, S. 635 (637);

¹⁶⁸ Forsthoff, E., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959, S. 9.

¹⁶⁹ Forsthoff, E., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959, S. 10.

¹⁷⁰ Umfassend Scheidemann, D., *Der Begriff Daseinsvorsorge*, 1991; vgl. auch Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1999, § 2 Rd. 6 und § 23, Rd. 14; Klein, H., *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, 1968, S. 16 ff., 87 ff.; ders., *Daseinsvorsorge, Leistungsverwaltung*, in: Herzog/Kunst (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, 1987, Band 1, Sp. 427-434; Badura, P., *Das Verwaltungsmonopol*, 1992, § 2 Rd. 6; ders., *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat*, DÖV 1966, S. 624 ff.; ders., *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand*, in: von

Rechtsentwicklung in Deutschland andere Wege gegangen. Dass sich das *Forsthoff'sche* Konzept in der deutschen Rechtsordnung nicht hat durchsetzen können, liegt an seinen drei gravierenden Strukturschwächen, die von *Scheidemann* auf den Punkt gebracht werden: Das Konzept der Daseinsvorsorge ist auf eine autoritäre staatliche Lenkung und Führung fixiert¹⁷¹, enthält per definitionem keine Differenzierung der vielfältigen Leistungen der Verwaltung¹⁷² und ist dogmatisch an das konkrete Ordnungsdenken¹⁷³ gebunden, das seinerseits nur im Nationalsozialismus Bestand hatte.¹⁷⁴ Dem Begriff kommt nur eine soziologisch-deskriptive¹⁷⁵, aber keine problemlösende Funktion¹⁷⁶ zu, da er nicht an den Charakter der Aufgabe, sondern daran anknüpft, ob die Aufgabe tatsächlich von staatlichen Stellen wahrgenommen wird. Ob nur Leistungserbringung in staatlicher Kompetenz oder auch die regulierende Kontrolle der von Privaten erbrachten Leistungen Daseinsvorsorge darstellt, bleibt unklar.¹⁷⁷

Die Ausprägungen des klassischen Konzepts der Daseinsvorsorge sind daher heute in der Bundesrepublik nur sehr gering. Der Wettbewerb hat sich im geltenden deutschen Recht als Ordnungsprinzip gegenüber dem am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden Staat durchgesetzt¹⁷⁸, und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen findet gemäß § 130 Abs. 1 GWB auch Anwendung auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden.¹⁷⁹

Münch, I. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag*, 1981, S. 3 (5 ff.); Bull, H., *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 1973, S. 240 ff.; Ronellenfitsch, M., *Wirtschaftliche Betätigung des Staates*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1988, Band 3, S. 1171 ff. (Rd. 48); Rübner, W., *Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1988, Band 3, S. 1037-1085; ders., *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, 1967, S. 138 ff. und 402 ff.; Emmerich, V., *Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung*, 1970, S. 41; Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1996, S. 94 ff. mit umfassenden weiteren Nachweisen auf S. 100 ff.

¹⁷¹ Dies wird auch hervorgehoben von Badura, P., *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat*, DÖV 1966, S. 624 ff.; Löwer, W., *Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft*, 1989, S. 11 und 136 ff. m.w.N.; Maunz, T., *Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts*, VerwArch 1959, S. 315 (319).

¹⁷² Schmidt-Aßmann, E., *Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach Art. 19 III GG*, BB 1990, Beilage 34, S. 14; Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1996, S. 117 m.w.N.; Gröttrup, H., *Die kommunale Leistungsverwaltung – Grundlagen der gemeindlichen Daseinsvorsorge*, 1976, S. 70 f.

¹⁷³ Die Konzeption geht von einer Staatsverfassung aus, die den privaten Charakter der Einzelexistenz aufhebt, vgl. Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1996, S. 116 m.w.N.

¹⁷⁴ Hierzu Scheidemann, D., *Der Begriff Daseinsvorsorge*, 1991, S. 242.

¹⁷⁵ Maunz, T., *Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts*, VerwArch 1959, S. 315 (319); Emmerich, V., *Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung*, 1970, S. 46; Löwer, W., *Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft*, 1989, S. 116.

¹⁷⁶ So Ossenbühl, F., *Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*, DÖV 1971, S. 513 (517); Mombaur, P., *Daseinsvorsorge in Gemeinden und Kreisen*, in: v. Mutius, (Hrsg.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, 1983, S. 503 (505).

¹⁷⁷ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1996, S. 117; Löwer, W., *Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft*, 1989, S. 115/116.

¹⁷⁸ Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Festschrift für Hans Zacher zum 70. Geburtstag*, 1997, S. 635 (639).

¹⁷⁹ Hierzu umfassend Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band I, 1998, § 98 GWB mit umfassenden weiteren Literaturnachweisen.

Heute lassen sich die konkreten rechtlichen Auswirkungen des deutschen Konzepts der Daseinsvorsorge daher am besten als Modifikationen und Überlagerungen des allgemeinen Zivil-, Wettbewerbs- oder Gesellschaftsrechts verstehen, durch die versucht wird, das öffentlich-rechtliche Element im Vollzug privatrechtlich gewährter Leistungen mit dem Ziel faßbar zu machen, gesicherte Teilhabe samt ihrer inhaltlich gerechten und billigen Gestaltung zu garantieren.¹⁸⁰ In den von der Anwendung der allgemeinen Wettbewerbsregeln befreiten Ausnahmereichen¹⁸¹ finden sich regelmäßig weitreichende sektorspezifische Regelungen, wie zum Beispiel die Verpflichtung zur Gleichbehandlung und zur Angemessenheit der Tarife, das Verbot von Koppelungsgeschäften und andere öffentlich-rechtliche Bindungen, die die Privatautonomie beschränken und die Vertragsfreiheit modifizieren.¹⁸² Als weiteres Beispiel sei Art. 87 f Abs. 1 GG¹⁸³ genannt, in dem der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen gewährleistet. Außerdem stellt Art. 87 f Abs. 2 GG klar, dass diese Dienstleistungen „als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht“ werden.¹⁸⁴ Der Grundversorgung auf diesem Gebiet ist also sogar verfassungsrechtlicher Rang zugewachsen.¹⁸⁵ Allerdings stellen alle diese beispielhaft genannten Verpflichtungen sich nicht als Indienstrafe für materielle Verwaltungsaufgaben dar, sondern sind Ausdruck moderner staatlicher Intervention auf dem Gebiet primär freier Wirtschaftstätigkeit, in Form normaler wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Kontrollregelungen zur Verhütung von Missbräuchen.¹⁸⁶

Auch wenn der Begriff der Daseinsvorsorge seit Ende der achtziger Jahre Eingang in die deutsche¹⁸⁷ und europäische¹⁸⁸ Gesetzessprache gefunden hat und dadurch zum Rechtsbegriff¹⁸⁹ geworden ist, bedeutet er keine Kennzeichnung einer sektorübergreifenden

¹⁸⁰ Vgl. oben unter II.1. sowie Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1996, S. 99 m.w.N.

¹⁸¹ Vgl. z.B. die §§ 28-31 GWB, sowie die sektorspezifischen Regelungen im Telekommunikationsgesetz (TKG), dem Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG), dem Personenbeförderungsgesetz (PersBefG), oder dem Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).

¹⁸² Forsthoff, E., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959, S. 11, 56; Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1996, S. 99.

¹⁸³ Art. 87 f wurde durch Gesetz vom 30.08.1994 (BGBl. I, S. 2245) in das deutsche Grundgesetz eingefügt.

¹⁸⁴ Mestmäcker weist darauf hin, dass damit nicht eine Privatisierung der Organisationsform, sondern die Privatisierung der Aufgabe gemeint ist, vgl. Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Festschrift für Hans Zacher zum 70. Geburtstag*, 1997, S. 635 (639).

¹⁸⁵ Ähnliche Regelungen finden sich zur Bahn in Art. 87e IV GG („Der Bund gewährleistet, dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen [...] Rechnung getragen wird“) und zum Post- und Fernmeldewesen in Art. 87f I GG („Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes [...] gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“).

¹⁸⁶ So Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1996, S. 118 m.w.N.

¹⁸⁷ Vgl. z.B. § 25 Abs. 2 Postverfassungsgesetz vom 08.06.1989, BGBl. I, S. 1026; § 8 Abs. 1 des Gesetzes über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens vom 14.09.1994, BGBl. I, S. 2371; § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs vom 27.12.1993, BGBl. I, S. 2395.

¹⁸⁸ Vgl. Europäische Kommission, *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, ABl. EG 1996 Nr. C 281/03.

¹⁸⁹ So Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1996, S. 95. Anderer Ansicht die wohl herrschende Meinung, vgl. Ossenbühl, F., *Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*, DÖV 1971, S. 513 (517); Scheidemann, D., *Der Begriff Daseinsvorsorge*, 1991, S. 243; Löwer, W., *Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft*, 1989, S. 139 mit ausführlichen Nachweisen.

juristischen Gesamtkonzeption. In Gegenüberstellung mit dem französischen Konzept des service public ist im deutschen Ansatz eine grundlegende Konzeption kaum sichtbar und nur mit Mühe unter Einbeziehung beträchtlicher wissenschaftlicher Kontroversen aus Verfassungsrecht und einfachem Bundes- und Landesrecht extrahierbar.¹⁹⁰ So heißt es denn auch in einem 1996 von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften angeregten Sammelband zum Thema „Vers un service public européen“ im Beitrag „Les services publics dans la conception du droit allemand“:

„Das deutsche Recht enthält [...] zu der vielschichtigen Thematik der öffentlichen Dienstleistungen keine übergreifende Konzeption, wie dies namentlich in Frankreich der Fall ist, sondern höchst differenzierte Aussagen in der Verfassung und der einfachgesetzlichen Rechtsordnung, und zwar in Orientierung an den Besonderheiten des jeweiligen Funktionskreises und der unterschiedlichen Stringenz des Interesses involvierter Hoheitsträger, wobei stets zugleich die einschlägigen bundesstaatlichen Aspekte zu berücksichtigen sind. Dieses in Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 79 Abs. 3 GG verankerte Bundesstaatsprinzip erlaubt dem Bund bzw. den Ländern Aktivitäten nur jeweils im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich begründeten Kompetenzen. Diese konstitutionelle Gewährleistung der kommunalen Selbstverantwortung in Art. 28 Abs. 2 GG bezieht sich allein auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.“¹⁹¹

Angesichts dieser Schwierigkeiten einer Kategorisierung beschreibt der Begriff der Daseinsvorsorge heute in der Bundesrepublik als einheitliche Gesamtkonzeption nur das soziologische Phänomen der Ausweitung von Staatsaufgaben über die reine Eingriffsverwaltung hinaus. Eine genauere rechtliche Qualifizierung ermöglicht die Begrifflichkeit, die schon nach *Ernst Forsthoff* in Gefahr schien, „zum Allerweltsbegriff zu werden, mit dem man alles und deshalb nichts beweisen kann“¹⁹², mangels einer präzisen, empirisch abgesicherten Kennzeichnung eines juristisch fassbaren Phänomens dagegen nicht.¹⁹³

5. Das englische Konzept des public service

In Großbritannien verkörpert der dem französischen Begriff des service public sehr ähnliche Begriff des public service zum einen die Ethik des Beamtentums und zum anderen eine Vielzahl unternehmerischer Aktivitäten, die staatlich gesteuert und kontrolliert werden.¹⁹⁴ Darüber hinaus besteht mit „public utilities“ im Englischen ein Schlüsselbegriff, der sich auf eine Reihe von Unternehmen bezieht, die Basisdienste erbringen und die durch monopolistische Strukturen, Vernetzung, einen infrastrukturellen Auftrag sowie durch eine strategische Schlüsselstellung in der wirtschaftlichen Entwicklung gekennzeichnet sind.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45 (46).

¹⁹¹ Tettinger, P., *Les services publics dans la conception du droit allemand*, in: ISUPE (Hrsg.), *Vers un service public européen*, 1996, S. 55 (56); ders., *Vorüberlegungen zu einer „Charte européenne de service public*, RdE 1995, S. 175 (178).

¹⁹² Forsthoff, E., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959, Vorwort.

¹⁹³ Zustimmung Le Nestour/Zinow, *Rechtsfragen des „service public“*, RdE 1994, S. 170.

¹⁹⁴ Thiry, B., *Öffentliche Dienstleistungen: Konzepte und Realitäten*, in: Cox, H. (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 1996, S. 29 (31).

¹⁹⁵ Hierzu kommentiert McGowan, F., *The consequences of competition for European public utilities*, R.A.E. 1994, S. 92 (93): „The term public utilities is generally used to refer to a cluster of industries which provide basic services of fundamental importance to the running of society.“; vgl. auch ausführlich Feintuck, M., *La*

Public utilities finden sich vor allem im Bereich der Wasser-, Gas-, Elektrizitäts- und Wärmeversorgung, aber auch im Bereich der Telekommunikation, der Postdienste, der Fernsehverkabelung und des Eisenbahnverkehrs.¹⁹⁶ Seit Mitte der 80er Jahre sind nahezu alle staatlichen Monopolunternehmen in diesen Wirtschaftsbereichen privatisiert und praktisch der gesamte Bereich der britischen Versorgungswirtschaft ist durch die Abschaffung der Monopolrechte dem Wettbewerb geöffnet worden. Im britischen Wettbewerbsrecht¹⁹⁷ finden heute gemäß sec. 54 Competition Act 1998¹⁹⁸ in Verbindung mit Anhang 10 die sogenannten Chapter I- und II-Verbote für Absprachen und Machtmissbrauch auch auf die Versorgungswirtschaft Anwendung, aber nur soweit ihre Anwendung nicht die Erfüllung der den sog. public utilities¹⁹⁹ übertragenen Aufgaben verhindert. Die Aufsicht führen die Direktoren sektorspezifischer Regulierungskommissionen²⁰⁰ zusammen mit dem Director General of Fair Trading, um durch Maßnahmen wie zum Beispiel die Einschränkung des Marktzugangs, Preiskontrolle, Qualitäts- und Konditionenfestsetzung oder die Anordnung eines Kontrahierungszwangs, die Auferlegung von Steuern oder die Gewährung von Subventionen einen funktionsfähigen Wettbewerb in den liberalisierten Wirtschaftssektoren zu ermöglichen.²⁰¹

Weil es in Großbritannien durch die traditionelle Rechtsprechung des common law keine eigenständige und von der Zivilgerichtsbarkeit abgrenzbare Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt, ist die juristische Zuordnung einer Tätigkeit kategorisch zum Staat oder zur Wirtschaft nahezu unbekannt und wird teilweise pointiert sogar als Erfindung und Schöpfung des napoleonischen Imperialismus bezeichnet.²⁰² Trotz der wie in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch in Großbritannien großen volkswirtschaftlichen Bedeutung staatlich kontrollierter und gesteuerter Wirtschaftszweige ist der Begriff des public service als eigenständiges verwaltungsrechtliches Konzept nur eine Randerscheinung im britischen Rechtssystem. Ähnliches gilt auch für die Niederlande, Dänemark, Schweden und Finnland, obwohl in diesen Staaten ein hoch entwickeltes Verwaltungsrecht besteht.

régulation des services publics en Grande-Bretagne, Passé, présent et avenir en Europe, in: CEEP (Hrsg.), *Europe, concurrence et service public*, 1995, S. 131 ff.

¹⁹⁶ Thiry, B., *Öffentliche Dienstleistungen: Konzepte und Realitäten*, in: Cox, H. (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 1996, S. 29 (31).

¹⁹⁷ Vgl. hierzu Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 191 mit ausführlichen Literaturhinweisen auf S. 192.

¹⁹⁸ Vgl. hierzu Janssen, H., *Die Reform des britischen Wettbewerbsrechts*, WuW 1998, S. 233 ff.

¹⁹⁹ „The term public utilities is generally used to refer to a cluster of industries which provide basic services of fundamental importance to the running of society“, so McGowan, F., *The consequences of competition for European public utilities*, R.A.E. 1994, S. 92 (93); vgl. zur Begrifflichkeit auch ausführlich Feintuck, M., *La régulation des services publics en Grande-Bretagne, Passé, présent et avenir en Europe*, in: CEEP (Hrsg.), *Europe, concurrence et service public*, 1995, S. 131 ff.

²⁰⁰ Diese können als Rechtsaufsicht, Tarifaufsicht, Wettbewerbsaufsicht oder als technische Aufsicht fungieren.

²⁰¹ Vgl. hierzu Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1999, S. 188 f.

²⁰² CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 22.

IV. Ergebnis von Teil I

In allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist, bei allen Unterschieden im einzelnen, die Marktwirtschaft als Grundprinzip der Wirtschaftsordnung anerkannt.²⁰³ Staatliches Eingreifen in den Wettbewerb kann nach der normativen und positiven Theorie unterschiedlich begründet werden. Während Einigkeit über die grundlegende Bedeutung des privaten Sektors in einer Marktwirtschaft besteht, wird die Rolle des Staates unterschiedlich beurteilt.²⁰⁴ Art und Umfang staatlicher Eingriffe in den Marktprozess unterscheiden sich beträchtlich in der Europäischen Union, und auch die vorgefundenen mitgliedstaatlichen Ordnungsrahmen für staatlich gesteuerte und kontrollierte Wirtschaftszweige sind uneinheitlich.²⁰⁵ *Nicholas Garnham* und *Robin Mansell* haben diesen Befund auf der Grundlage einer alle kontinentaleuropäischen Staaten umfassenden Studie der OECD zusammengefasst. Danach ist staatliches Eingreifen in den Marktprozess

„in den Ländern, die vom römischen Recht geprägt sind, stärker ausgebildet als in den Ländern des common law; dies erklärt sich aus der *Hegelschen* Tradition, wonach der Staat als Ausdruck der höchsten Form gesellschaftlicher Rationalität und des öffentlichen Interesses von der bürgerlichen Gesellschaft – dem untergeordneten Bereich wettbewerblicher privater Interessen – zu unterscheiden ist. In dieser Tradition repräsentiert der Staat durch den politischen Prozess definitionsgemäß die Interessen der Bürger. [...]“²⁰⁶

In den deutlichsten Gegensatz zum marktwirtschaftlichen Prinzip geraten Staaten, wenn sie selbst unternehmerisch tätig werden und als Akteure innerhalb des selbst gesteckten Rahmens am wirtschaftlichen Geschehen teilnehmen. Die Zuordnung einer Tätigkeit zum Staat kann wie im Falle des staatlichen Monopols schon aus der Organisationsform folgen oder allein funktional bestimmt sein, wenn privatrechtlich organisierten Unternehmen kraft Hoheitsakt Aufgaben im öffentlichen Interesse übertragen werden.²⁰⁷ Eine derartige staatliche Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung ist regelmäßig auch mit der Verleihung einer besonderen Rechtsstellung verbunden, die schon aus der Organisationsform als öffentliches Unternehmen folgen kann oder in der Verleihung besonderer oder ausschließlicher Rechte besteht, die dem oder den betreffenden Unternehmen eine privilegierte Stellung im Wettbewerb gegenüber seinen oder ihren (potentiellen) Konkurrenten verschafft. Es ist bereits ausgeführt worden, dass insbesondere im französischen, spanischen, italienischen, portugiesischen, griechischen und belgischen Recht private oder öffentliche Unternehmen, die dem Bereich des service public zuzuordnen sind, sogar grundsätzlich der Geltung der Normen entzogen sind, die für den marktwirtschaftlich geordneten Teil der Volkswirtschaft und etwaige Konkurrenzunternehmen gelten. Aber auch jede andere Form staatlicher

²⁰³ Vgl. hierzu Müller-Graff, P.-C., *Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?*, EuR 1997, S. 433 (445 ff.).

²⁰⁴ Grundlegend der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, *Staatliche Interventionen in einer Marktwirtschaft*, Gutachten vom 15. Und 16. Dezember 1978, S. 895 ff.

²⁰⁵ So schon Müller-Graff, P.-C., *Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?*, EuR 1997, S. 433 (435); siehe auch Rahmsdorf, D., *Ordnungspolitischer Dissens und europäische Integration*, 1982, S. 71 ff.

²⁰⁶ Garham/Mansell, *Universal Service and Rate Restructuring in Telecommunications*, in: ICCP 1991, S. 29.

²⁰⁷ So auch Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 1.

Einflußnahme ist mit einem Eingriff in das Prinzip der marktgemäßen Selbststeuerung²⁰⁸ verbunden, unabhängig davon, ob sie darüber hinaus dem Unternehmen eine privilegierte Stellung durch die Organisationsform oder die Verleihung ausschließlicher oder besonderer Rechte zuweist. Das Recht der Europäischen Gemeinschaft steht hier vor der Aufgabe, Konflikte staatlichen Eingreifens in den Marktprozess auf dem Gebiet gemeinwohlorientierter Leistungen mit den Binnenmarktregeln zu lösen.²⁰⁹ Dieser Fragestellung ist der zweite Teil der Untersuchung gewidmet.

2. Teil – Unternehmen gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV im Binnenmarktrecht

I. Ausgangsüberlegungen

Im zweiten Teil dieser Arbeit soll untersucht werden, wie sich öffentliche Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten in das Wirtschaftsrecht der Europäischen Gemeinschaft einfügen. Eine eindeutige Antwort auf die Frage nach der Stellung staatlich privilegierter Unternehmen im Binnenmarktrecht ergibt sich allein aus der Lektüre des primären Gemeinschaftsrechts nicht. Daher ist in einem ersten Schritt zunächst die Frage zu klären, ob der EG-Vertrag überhaupt eine Grundentscheidung zugunsten einer bestimmten Wirtschaftsordnung trifft (II.). Ausgehend hiervon soll dann in einem zweiten Schritt untersucht werden, welche Zuständigkeiten und Entscheidungsbefugnisse den Mitgliedstaaten innerhalb dieser Wirtschaftsordnung zur Ausgestaltung ihrer Wirtschaftspolitik und damit auch zur Schaffung, Aufrechterhaltung und Beeinflussung von Unternehmen mit Sonderrechten verbleiben (III.). Dies leitet über zu der spezielleren Fragestellung, welcher Rang dem freien Wettbewerb gegenüber wettbewerbsbeschränkenden oder –ausschließenden staatlichen Eingriffen in den Marktprozess auf dem Gebiet der gemeinwohlorientierten Leistungen im Rahmen der Wirtschaftsordnung der Europäischen Gemeinschaft zukommt (IV.). In einem vierten Schritt ist schließlich zu klären, ob die Rechtsprechung des EuGH zu der Vereinbarkeit staatlicher Eingriffe in den Marktprozess mit den Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages die zuvor gewonnenen Ergebnisse bestätigt und inwieweit sich aus dem EG-Vertrag eine Verpflichtung zu mitgliedstaatlicher Deregulierung freiverkehrshinderlicher staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen ergibt. Hierfür sollen die für die Wirtschaftsordnung der EG maßgeblichen konstitutiven Normenkomplexe systematisch auf ihre Normwirkung gegenüber staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen untersucht werden (V.).

²⁰⁸ Hierzu Müller-Graff, P.-C., *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht*, 1984, S. 281.

²⁰⁹ Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90, Rd. 6.

II. Die Wirtschaftsordnung der Europäischen Gemeinschaft

„Die Theorie der Wirtschaftsordnungen hat nicht den Zweck, die Konflikte zu leugnen, die aus divergierenden Wertvorstellungen folgen; sie beansprucht auch nicht, Wertvorstellungen zu determinieren. Aber sie kann dazu beitragen, die Bedeutung zu erkennen, die der Wahl zwischen verschiedenen Arten der Ordnung ökonomisch und politisch zukommt. Und sie kann helfen, die Normen zu konkretisieren, die erkennbar auf die Verwirklichung einer bestimmten Art der Wirtschaftsordnung angelegt ist.“²¹⁰

Art. 3 lit. g) EGV legt die Europäische Gemeinschaft auf eine „dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ verpflichteten Wirtschaftspolitik fest. Dies ist auch ausdrücklich in den durch den Vertrag über die Europäische Union²¹¹ in den EG-Vertrag eingefügten Art. 4 Abs. 1, 98 und 105 Abs. 1 EGV festgeschrieben. Zudem ist in den Art. 154 Abs. 2 und 157 Abs. 1 EGV das Bekenntnis zu einem System offener und wettbewerbsorientierter Märkte niedergelegt.²¹² Aus diesen Vorschriften läßt sich die Schlußfolgerung ableiten, dass eine solche offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb eine Systementscheidung²¹³ im Sinne einer verbindlichen Festlegung einer wettbewerbsverfaßten Marktwirtschaft²¹⁴ als Wirtschaftsverfassung²¹⁵ darstellt und für Europa im Ergebnis nur bedeuten kann, dass der Steuerung des Wirtschaftssystems durch Wettbewerb im Verhältnis zu wettbewerbsfremden Steuerungsmechanismen grundsätzlich Vorrang zukommt.²¹⁶

Was allerdings genau die Systementscheidung zugunsten einer wettbewerbsverfaßten Marktwirtschaft beinhaltet, ist aufgrund der Begriffsweite der Definition im Detail schwierig zu ermitteln.²¹⁷ Jedenfalls ist davon auszugehen, dass sie als „Minimum die systemgesicherte Möglichkeit zur freien Koordination von freiem Angebot und freier Nachfrage, wobei mindestens auf einer Seite, regelmäßig aber auf beiden Seiten mehr als ein Marktteilnehmer auftreten kann“²¹⁸, umschließt. Neben der expliziten Aussage in Art. 3 lit. g) und Art. 4 EGV

²¹⁰ Mestmäcker, E.-J., *Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa*, in: ders. (Hrsg.), *Eine Ordnungspolitik für Europa*, 1987, S. 9 (21).

²¹¹ Vertrag über die Europäische Union (EUV) vom 07.02.1992 (BGBl. 1992 II S. 1253) idF vom 02.10.1997 (BGBl. 1998 II S. 387 (454)).

²¹² Zur Leitidee des Marktes vgl. Müller-Graff, P.-C., *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht*, 1984, S. 280 ff.

²¹³ Bleckmann, A., *Der Vertrag über die Europäische Union – Eine Einführung*, DVBl. 1992, S. 335 (341).

²¹⁴ Dieser summarisch formulierte Begriff geht zurück auf Müller-Graff, P.-C., *Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?*, EuR 1997, S. 433 (434).

²¹⁵ Der Begriff Wirtschaftsverfassung wird hier im Sinne einer normativen Festlegung der Wirtschaftsordnung verstanden. Auf die theoretische Diskussion und die geistesgeschichtlichen Ursprünge in Freiheitstheorien der Aufklärung soll nicht eingegangen werden.

²¹⁶ Ebenso Dreher, M., *Der Rang des Wettbewerbs im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, WuW 1998, S. 656 (657); Mestmäcker, E.-J., *Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa*, in: ders. (Hrsg.), *Eine Ordnungspolitik für Europa*, 1987, S. 9 (16); Everling, U., *Wirtschaftsverfassung und Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, in: Immenga/Möschel/Reuter (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geburtstag*, 1996, S. 365 (mit ausführlichen Literaturverweisen in FN 4); anderer Ansicht VerLoren van Themaat, P., *Die Aufgabenverteilung zwischen dem Gesetzgeber und dem Europäischen Gerichtshof bei der Gestaltung der Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften*, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *Eine Ordnungspolitik für Europa*, 1987, S. 425 (428).

²¹⁷ Vgl. zum Begriff „Marktwirtschaft“ und den Zielfunktionen des Wettbewerbs oben Teil 1, I.

²¹⁸ So Müller-Graff, P.-C., *Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?*, EuR 1997, S. 433 (436f.).

läßt sich der Inhalt der Formulierung wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft aber auch anhand weiterer Bestimmungen sowie insgesamt aus dem Inhalt und der Systematik des EG-Vertrages konkretisieren²¹⁹, da die Verwirklichung der wettbewerbsverfaßten Marktwirtschaft nicht auf beliebige Weise geschehen soll. Vielmehr benennen Art. 2 und 3 EGV verschiedene Verwirklichungswege. Zentrale Aufgabe der Gemeinschaft ist es nach Art. 2 EGV, einen Gemeinsamen Markt und eine Wirtschafts- und Währungsunion zu errichten, sowie die gemeinsamen Politiken gemäß Art. 3 und 4 EGV durchzuführen. Als begriffsprägende Kernelemente des Gemeinsamen Marktes lassen sich die Grundfreiheiten, die Wettbewerbsregeln und die gemeinsame Außenhandelsgrenze der Europäischen Gemeinschaft kennzeichnen²²⁰, die ihrerseits zusätzlich durch sektorale und flankierende Gemeinschaftspolitiken²²¹ ergänzt werden. Zumindest die Grundfreiheiten sind unstrittig auch Bestandteil des sogenannten Binnenmarktkonzepts, das als normgefaßte Zielbestimmung in Art. 3 lit. c) EGV durch Art. 14 EGV konkretisiert wird und gemäß Art. 14 Abs. 2 EGV die Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des EG-Vertrages gewährleistet ist, umfaßt. Allerdings ist unter Zugrundelegung der sog. Ergänzungsthese²²² die Legaldefinition in Art. 14 EGV nicht wörtlich auszulegen.²²³ Neben der freien Mobilität der vier Produktionsfaktoren Waren (Art. 23 ff., 28 ff. EGV), Personen (Art. 39 ff. EGV), Dienstleistungen (Art. 49 ff. EGV) und Kapital (Art. 56 EGV), die durch den Abbau der materiellen²²⁴, technischen²²⁵ und steuerlichen²²⁶ Schranken erfolgen soll, sind Kernelemente des Binnenmarkts vielmehr auch das System unverfälschten Wettbewerbs (Art. 81 EGV ff.) und das allgemeine Recht auf Freizügigkeit (Art. 61 lit. a) EGV). Das durch diese Normenkomplexe so konkretisierte Binnenmarktprinzip beruht auf den fundamentalen Prinzipien der Freiheit und der Gleichheit der Rechtspersonen und konkretisiert die Grundentscheidung für eine Koordination der wirtschaftlichen Entscheidungen nach dem Prinzip der

²¹⁹ Dieser Ansicht war auch schon 1985 der Europäische Gerichtshof in seiner *Leclerc/Au Blé Vert* Entscheidung, in der er ausführte: „Art. 2 und 3 [EGV] haben die Errichtung eines Marktes mit freiem Warenverkehr ohne Wettbewerbsverfälschung zum Ziel. Die Erreichung dieses Zieles wird vor allem gewährleistet durch die Art. [28] ff. über das Verbot von Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handels [...] sowie durch die Art. [81] ff. über die Wettbewerbsregeln.“, EuGH, Rs. 229/83 (*Leclerc/Au Blé Vert*), Slg. 1985, I (30, Rd. 9).

²²⁰ Müller-Graff, P.-C., *Verfassungsziele der EG/EU*, in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht*, 1999, A. I, Rd. 126 ff. m.w.N.

²²¹ Müller-Graff, P.-C., *Verfassungsziele der EG/EU*, in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht*, 1999, A. I, Rd. 131 ff. m.w.N.

²²² Nach ihr geht, mit den Worten Müller-Graff's, der Zielgehalt des Binnenmarkts über den des Gemeinsamen Marktes in rechtlich substantieller Weise hinaus, vgl. Müller-Graff, P.-C., *Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes*, EuR 1989, S. 107 (125 m.w.N.); so wohl auch der EuGH, vgl. EuGH, Rs. 15/81 (*Schul/Inspecteur der Inoerrechten en Accijnzen*), Slg. 1982, 1409 (1431, Rd. 33); EuGH, Rs. C-41/93 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1994, I-1829 (1847, Rd. 19).

²²³ Wie sich das Begriffsverhältnis zwischen dem Gemeinsamen Markt einerseits und dem Binnenmarkt andererseits gestaltet, wird in der europarechtlichen Literatur kontrovers beurteilt. Da die Streitfrage für die hiesige Ergebnisfindung keinerlei Bedeutung erlangt, soll sie im folgenden dahingestellt bleiben. Ausführliche Nachweise zum Streitstand bei Müller-Graff, P.-C., *Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes*, EuR 1989, S. 107 (123 ff. m.w.N.) sowie Kahl, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 14 EGV, Rd. 8-12.

²²⁴ Abbau der Grenzkontrollen, vgl. auch Schengener Abkommen vom 14.06.1985 und 14.06.1990, BGBl. 1993 II, S. 1013 ff.

²²⁵ Vgl. hierzu Müller-Graff, P.-C., *Die Regeln der Technik im Binnenmarkt*, in: ders. (Hrsg.), *Technische Regeln im Binnenmarkt*, 1991, S. 7 ff.

²²⁶ De Weerth, J., *EG-Recht und direkte Steuern*, RIW 1997, S. 482 ff.

marktgemäßen Selbststeuerung²²⁷. Darüber hinaus hat der EuGH in seiner seit 1969 ständig ausgebauten und inzwischen gemeinschaftsweit im wesentlichen akzeptierten Rechtsprechung²²⁸ das Eigentumsrecht²²⁹, die Handels- und Wirtschaftsfreiheit²³⁰ und die Wettbewerbsfreiheit²³¹ als Gemeinschaftsgrundrechte der Person bezeichnet und damit auch den ungeschriebenen allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung ein deutliches Bekenntnis zu einer wettbewerbsverfaßten Marktwirtschaft entnommen.

Festzuhalten bleibt somit, dass Inhalt und Systematik des EG-Vertrages sowie die Rechtsprechung des EuGH die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als Ordnungsprinzip des EG-Vertrages bestätigen und konkretisieren.

III. Kompetenzverteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Wirtschaft

1. Das Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeit

Im Recht der Europäischen Gemeinschaft gilt gemäß Art. 5 Abs. 1 EGV das Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeit, das heißt die Gemeinschaft wird nur innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig. Sie hat keine Allzuständigkeit zum Erlaß von Rechtsakten²³², sondern für jedes Handeln der Gemeinschaft im Rahmen der Aufgabenumschreibung von Art. 3 und Art. 4 EGV muss eine Rechtsgrundlage vorhanden sein (*compétence d'attribution*). Dabei muss es sich entweder um eine ausdrückliche oder die subsidiäre Ermächtigungsgrundlage in Form der Generalklausel des Art. 308 EGV handeln.²³³ Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts nicht allein daraus ergibt, was nach der Überzeugung eines Organs das angestrebte Ziel ist, sondern die Wahl der Rechtsgrundlage

²²⁷ Hierzu Müller-Graff, P.-C., *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht*, 1984, S. 280 ff.; ders., in: Dausies, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1999, A. I., Rd. 124.

²²⁸ Grundlegend EuGH, Rs. 29/69 (*Stauder/Ulmer*), Slg. 1969, S. 419 (424, Rd. 2 ff.) und EuGH, Rs. 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*), Slg. 1970, S. 1125 (1135, Rd. 4); EuGH, Rs. 4/73 (*Nold/Kommission*), Slg. 1974, S. 491 (507, Rd. 12 ff.); hierzu Bleckmann/Pieper, in: Dausies, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1997, Band 1, B. I, Rd. 85 ff. m.w.N.

²²⁹ EuGH, Rs. 44/79 (*Liselotte Hauer/Land Rheinland-Pfalz*), Slg. 1979, S. 3727 (3745, Rd. 17); EuGH, verb. Rs. 41/79, 121/79 und 796/79 (*Testa/Bundesanstalt für Arbeit*), Slg. 1980, S. 1979 (1996, Rd. 18 ff.); EuGH, Rs. 265/87 (*Schröder/Hauptzollamt Gronau*), Slg. 1989, S. 2237 (2283, Leitsatz 3)

²³⁰ EuGH, Rs. 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*), Slg. 1970, S. 1125 (1135, Rd. 4).

²³¹ EuGH, Rs. 240/83 (*Procureur de la République/ADBHU*), Slg. 1985, S. 531 (548, Rd. 9 ff.).

²³² BVerfGE 1989, 192 (210).

²³³ Daneben können den Gemeinschaftsorganen nach st. Rspr. und hM in der Literatur auch ungeschriebene Zuständigkeiten kraft Sachzusammenhang (*implied powers*), eingeräumt werden, vgl. EuGH, Rs. 8/55 (*Fédération Charbonnière/Hohe Behörde der EGKS*), Slg. 1956, 197 (311 ff.); EuGH, Rs. 20/59 (*Italien/Hohe Behörde der EGKS*), Slg. 1960, 681 (708 f.); EuGH, Rs. 22/70 (*Kommission/Rat*), Slg. 1971, 263 (280, Rd. 72 ff.). Im Gegensatz zu Art. 308 EGV werden hier die Handlungsbefugnisse der Gemeinschaft nicht aus den Vertragszielen, sondern schon aus bereits vorhandenen Sachzuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft abgeleitet: Die einem Gemeinschaftsorgan durch den Vertrag eingeräumte Befugnis ermächtigt gleichzeitig auch zu solchen Maßnahmen, die zur wirksamen und vollständigen Ausübung dieser ausdrücklich zugeteilten Befugnis erforderlich sind, vgl. Langguth, G. in: Lenz, C. (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 5 EGV, Rd. 8 m.w.N. .

muss sich auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen. Zu diesen Umständen gehören insbesondere Ziel und Inhalt der Maßnahme.²³⁴

2. Binnenmarktregeln

Ausgehend vom Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 1 EGV ist der Europäischen Gemeinschaft in den Bereichen der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit, der Personenfreizügigkeit und der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, den sektoralen Sonderbereichen der Landwirtschaft und des Verkehrs sowie im System unverfälschten Wettbewerbs zur Verwirklichung dieses Ziels innerhalb des primärrechtlichen Rahmens die sekundärrechtliche Ausgestaltungsbefugnis des Gemeinsamen Marktes und des Binnenmarktes durch marktintegrative Rechtsangleichungsmechanismen²³⁵ zugewiesen. Die marktintegrative Definitionszuständigkeit der Art. 94 und 95 EGV liegt insoweit in der ausschließlichen Zuständigkeit der Organe der Gemeinschaft.²³⁶ Daher kommt auch weder bei der Auslegung des Inhalts der materiellen Marktrechtsnormen des Primärrechts²³⁷, noch bei der marktintegrativen Rechtsangleichungspolitik das in Art. 5 Abs. 2 EGV niedergelegte Subsidiaritätsprinzip²³⁸ zur Anwendung, da es sich bei der Verwirklichung des Binnenmarktauftrags gemäß Art. 14 EGV um einen Bereich handelt, der in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft fällt.²³⁹

3. Wirtschaftspolitik

Der durch den Vertrag von Maastricht in den EG-Vertrag eingefügte Art. 4 verpflichtet die Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Wirtschafts- und Währungsunion zur Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung²⁴⁰ der Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist. Wie sich aus Art. 98 EGV ergibt, regelt Art. 4 EGV nur die Grundsätze der Wirtschafts- und Währungspolitik. Die Ausgestaltung im einzelnen ist in den Bestimmungen des Titels VII des

²³⁴ Vgl. EuGH, Rs. 45/86 (*Kommission/Rat*), Slg. 1987, 1493 (1520, Rd. 11); EuGH, Rs. C-300/89 (*Kommission/Rat*), Slg. 1991, I-2867 (2898 Rd. 10); EuGH, Rs. C-187/93 (*Parlament/Rat*), Slg. 1994, I-2857 (2880, Rd. 17); zuletzt EuGH, Rs. C-271/94 (*Parlament/Rat*), Slg. 1996, I-1689 (1711, Rd. 14).

²³⁵ Hierzu ausführlich Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, Rd. 1208 ff. und 1221 ff.

²³⁶ Umfassend hierzu Müller-Graff, P.-C., *Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip*, ZHR 1995, 34 (68 ff. m.w.N.).

²³⁷ Vgl. oben II.

²³⁸ Die Literatur zum Subsidiaritätsprinzip ist mittlerweile unüberschaubar geworden; umfangreiche Nachweise bei Müller-Graff, P.-C., *Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip*, ZHR 1995, 34 (36, Fn. 3); Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, vor Rd. 510; Langguth, G., in: Lenz, C. (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 5 EGV, vor Rd. 1; von Bogandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 3b EGV, vor Rd. 1.

²³⁹ Müller-Graff, P.-C., *Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip*, ZHR 1995, 34 (77); Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 48; Pieper, S., *Subsidiarität*, 1994, S. 263; Pipkorn, J., *Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union – rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit*, EuZW 1992, 697 (699);

²⁴⁰ Koordinierung ist hier im Sinne von Abstimmung zu verstehen, die weniger als Angleichung, aber mehr als bloße Konsultation darstellt, vgl. Nachweise bei Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 46.

EG-Vertrags geregelt. Art. 4 EGV ist daher keine eigene Kompetenznorm, sondern eine normgefaßte Zielbestimmung²⁴¹, die die Sicherung eines hohen und nachhaltigen Wirtschafts- und Beschäftigungswachstums durch eine umfassende Globalstrategie bezweckt, die eine gesunde makroökonomische Politik mit einer Politik zur Verbesserung der Anpassungsfähigkeit verbindet.

Unter der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) versteht man die Einheitswährungszone innerhalb des Binnenmarktes der Europäischen Union. In der Sache entsteht durch die „Vergemeinschaftung der Geldgewalt“²⁴² im Euro-Raum neben dem Dollar-Raum und dem Yen-Raum ein drittes weltweit bedeutsames Währungsgebiet. Die Wirtschafts- und Währungsunion verfolgt daneben das Ziel, die Rahmenbedingungen für Wirtschaftswachstum und Stabilität zu schaffen. Sie stützt sich dabei auf zwei Konzepte: Die Koordinierung der Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten und die Errichtung einer Währungsinstitution (ESZB²⁴³), an deren Spitze die unabhängige Europäische Zentralbank (EZB) steht. Der einzige Aspekt nationaler Souveränität, verstanden als autonome nationale Handlungsbefugnis, der von der WWU unmittelbar berührt ist, ist die Durchführung der Geldpolitik, da dieser Zuständigkeitsbereich dem Rat der Europäischen Zentralbanken übertragen ist. Die konkreten Handlungsermächtigungen zur Ausgestaltung der Wirtschafts- und Währungspolitik sind in Titel VII des EG-Vertrages normiert. Gemäß Art. 99 Abs. 1 EGV betrachten die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik als eine Angelegenheit von gemeinsamem Interesse und koordinieren sie im Rat nach Maßgabe des Art. 98 EGV. Hieraus wird klar, dass die Europäische Gemeinschaft aus Art. 4 EGV in Verbindung mit den Vorschriften in Titel VII des Vertrages keine Kompetenz für eine gemeinsame Wirtschaftspolitik ableiten kann und ihren Organen im Rahmen der ihnen in den Art. 99 ff. EGV zugewiesenen Kompetenzen nur eine Koordinierung und Überwachung der weiterhin grundsätzlich autonomen Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten zusteht.²⁴⁴

4. Eigentumsordnung

Nach Art. 295 EGV läßt der EG-Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Dadurch bleibt den Mitgliedstaaten die Entscheidung über Umfang und Aufgabenbereich des öffentlichen Sektors in Form eines Kompetenzvorbehalts erhalten.²⁴⁵ Die Mitgliedstaaten haben damit das alleinige Entscheidungsrecht, einzelne Unternehmen oder ganze Sektoren zu verstaatlichen oder zu privatisieren sowie ihre Rechtsform festzulegen.²⁴⁶ Hiervon ist allerdings die Frage zu unterscheiden, ob sich darüber

²⁴¹ Müller-Graff, P.-C., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1999, Band 1, A.I., Rd. 149.

²⁴² Oppermann, T., *Europarecht*, 2000, S. 374, Rd. 983.

²⁴³ Europäisches System der Zentralbanken, vgl. hierzu Häde, U., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 4 EGV, Rd. 4.

²⁴⁴ Vgl. insbesondere Art. 99 Abs. 2 bis 5, Art. 104 Abs. 2, Art. 116 Abs. 4, Art. 117 Abs. 2, Art. 121 und Art. 124 Abs. 1 EGV.

²⁴⁵ Fikentscher, W., *Weltwirtschaftsrecht, Europäisches Wirtschaftsrecht*, 1983, S. 524 ff.

²⁴⁶ Ehlermann, C.-D., *Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften und die öffentlichen und gemeinwirtschaftlichen Unternehmen*, Zögu 1992, S. 377 (378); Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 51.

hinausgehend aus Art. 295 EGV eine „Souveränitätsreserve“²⁴⁷ der Mitgliedstaaten in der Form begründen läßt, dass sie aus Art. 295 EGV das Recht ableiten können, einzelne Unternehmen oder ganze Wirtschaftssektoren durch Verleihung besonderer oder ausschließlicher Rechte nach Belieben den Binnenmarktregeln zu entziehen. Diese Frage soll in den folgenden Abschnitten unter IV. und V. untersucht werden.

5. Ergebnis

Es ist offensichtlich, dass aus dem Nebeneinander mitgliedstaatlicher Entscheidungsbefugnisse über die Ausgestaltung der Eigentumsordnung und die Festlegung der Wirtschaftspolitik einerseits und der Errichtung eines wettbewerblich geprägten Binnenmarktes andererseits erhebliche Reibungen entstehen können. Nach Generalanwalt *Tesauro* ist dem gesamten Gemeinschaftsprojekt, wie es im EG-Vertrag niedergelegt ist, ein grundlegender Widerspruch inhärent zwischen dem punktuell vorgesehenen Ziel der Errichtung des Binnenmarktes und eines Systems freien Wettbewerbs einerseits und der Aufrechterhaltung der wirtschaftspolitischen Entscheidungsbefugnisse der Mitgliedstaaten (außer im Fall von Koordinierungen gemäß der Art. 98 ff. EGV) andererseits.²⁴⁸ Besonders deutlich wird dieses Spannungsverhältnis, wenn man versucht, die Idee eines über ausschließliche Rechte verfügenden öffentlichen oder privaten Unternehmens mit einem System freien Wettbewerbs und eines offenen (Binnen)Marktes zu vereinbaren.

Wie in Teil 1 bereits festgestellt wurde, wird innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mit einem hohen Anteil regulierter (insbesondere verstaatlichter) Unternehmen dieses Spannungsverhältnis regelmäßig dadurch gelöst, dass diese Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des nationalen Wettbewerbs- und Kartellrechts herausgenommen werden.²⁴⁹ Damit drängt sich die Frage auf, wo die Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit im EG-Vertrag liegen. Die Gemeinschaftsorgane haben sich besonders seit den siebziger Jahren auf mehreren Wegen und mit unterschiedlichen Akzenten dem Problem der Vereinbarkeit von öffentlichen Unternehmen und Unternehmen mit staatlichen Sonderrechten mit den EG-Vertragsregeln genähert. Die Praxis ist keinesfalls einheitlich. In den Mitgliedstaaten haben sie dadurch eine überaus lebhafte Diskussion ausgelöst, die noch keinesfalls beendet ist, vielmehr allem Anschein nach ständig an Heftigkeit zunimmt.²⁵⁰

²⁴⁷ Müller, J., *Dienstleistungsmonopole im System des EWGV*, 1988, S. 23.

²⁴⁸ GA Tesauro, Schlußanträge in EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, I-1223 (1243, Rd. 11); Behrens, P., *Das Wirtschaftsrecht des Europäischen Binnenmarktes*, JURA 1989, 561 (562) bezeichnet die unzulängliche Vergemeinschaftung wirtschaftspolitischer Kompetenzen als „offene Flanke“ der Gemeinschaft.

²⁴⁹ Vgl. hierzu oben Teil 1, III. (Nationale Konzepte und Traditionen); in Deutschland waren beispielsweise bis 1999 Versorgungsunternehmen der durch die Bereichsausnahme der § 103 GWB der Geltung wichtiger Wettbewerbsregeln entzogen, vgl. hierzu Jestaedt, T., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, §103 GWB, Rd. 1 ff.

²⁵⁰ Vgl. beispielsweise Steindorff, E., *Markt und hoheitliche Verantwortung in der EG*, ZHR 2000, S. 223 ff.; Schwarze, J., *Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts*, EuZW 2000, S. 613 ff.; Budäus/Schiller, *Der Amsterdamer Vertrag: Wegbereiter eines europäischen öffentlichen Dienstes?*, ZögU 2000, S. 94 ff.; Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FIW 1999, S. 71; ders., *Daseinsvorsorge und Universalien im europäischen Kontext*, in: Ruland/v. Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans Zacher zum 70. Geburtstag*, 1997, S.

Die Hervorhebung des Gemeinsamen Marktes und des Binnenmarktes in den Art. 2, 3, 4 und 14 EGV indiziert bereits die prinzipielle Vorrangstellung des Wettbewerbs im System und Inhalt des Vertrages.²⁵¹ Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, wie das Spannungsverhältnis zwischen wettbewerbsausschließender oder -beschränkender staatlicher Wirtschaftstätigkeit und den für die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft konstitutiven Normen des EG-Vertrages im Einzelfall gelöst wird. Zur Beantwortung dieser Fragestellung sollen zunächst die für die Beurteilung von öffentlichen Unternehmen und Unternehmen mit Sonderrechten im Gemeinschaftsrecht maßgeblichen Normen vorgestellt (IV.) und dann ausgehend von den dort getroffenen Grundentscheidungen die Vereinbarkeit staatlicher Sonderrechte im Wettbewerb auf dem Gebiet der Versorgungswirtschaft mit den für den Binnenmarkt konstitutiven Normen analysiert werden (V.).

IV. Der Rang des Wettbewerbs im Gemeinschaftsrecht

1. Ausgangsüberlegung

Wie bereits in Teil 1²⁵² festgestellt wurde, sind alle staatlichen Regulierungsformen als direkte mikroökonomisch-hoheitliche Eingriffe in das Wirtschaftsleben zu verstehen, die die betroffenen Unternehmen zu einem bestimmten Verhalten verpflichten. Solche hoheitlichen Maßnahmen sind daher grundsätzlich anhand der Grundfreiheiten und gemäß Art. 3 lit. g), Art. 10 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 81 oder 82 EGV an den Wettbewerbsregeln auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, vorausgesetzt, dass sich nicht aus Art. 295 EGV eine mitgliedstaatliche Souveränitätsreserve zugunsten unternehmensbezogener staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen insgesamt oder zumindest zugunsten einzelner Regulierungsformen ergibt. Hierzu sogleich unter (2.). Darüber hinaus ist fraglich, ob auch solche Unternehmen, die von den Mitgliedstaaten über eine reine Verhaltensregulierung hinaus zur Erfüllung oder Gewährleistung eines bestimmten öffentlichen Auftrags mit einer besonderen Rechtsstellung ausgestattet sind, einer gemeinschaftsrechtlichen Überprüfung unterliegen. Solche Unternehmen sind regelmäßig nach mitgliedstaatlichem Recht der Anwendung der für den marktwirtschaftlich geordneten Teil der Volkswirtschaften geltenden Normen entzogen. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus Art. 86 Abs. 1 EGV, der im folgenden unter (3.) auf seinen Normgehalt untersucht werden soll.

2. Art. 295 EGV

Wie bereits an früherer Stelle dargelegt wurde, läßt der EG-Vertrag gemäß Art. 295 EGV die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt und beläßt die Entscheidungsgewalt über Umfang und Aufgabenbereich des öffentlichen Sektors in Form eines Kompetenzvorbehalts bei den Mitgliedstaaten. Was konkret unter dem Begriff der Eigentumsordnung zu verstehen ist, ist allerdings bisher weder durch die Rechtsprechung des

635 ff.; Rodrigues, S., *Les services publics et le traité d'Amsterdam*, R.M.C. 1998, S. 37 ff.; Burgi, M., *Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts*, EuR 1997, S. 267 ff.

²⁵¹ So im Ergebnis auch Dreher, M., *Der Rang des Wettbewerbs im EG-Recht*, WuW 1998, S. 657 (658).

²⁵² Vgl. oben unter Teil 1, II.1.

Europäischen Gerichtshofs, noch durch die Literatur abschließend geklärt worden.²⁵³ Während einige Autoren darunter die Gesamtheit der Vorschriften verstehen, „die in jedem Mitgliedstaat die mit dem Eigentum verbundenen Rechte und Pflichten, die Möglichkeiten zur Beschränkung oder Einziehung von Eigentumsrechten sowie insbesondere auch die Rechte und Pflichten bei der Überführung von privatem Eigentum in Gemeineigentum oder andere Formen der Gemeinwirtschaft regeln“²⁵⁴, umfaßt nach anderer Ansicht Art. 295 EGV von vornherein nur das nichtkommerzielle und nichtgewerbliche Eigentum²⁵⁵. Während letzterer Auffassung zwar zuzubilligen ist, dass sie den grundsätzlichen Normzweck des Art. 295 EGV erkennt – nämlich den Mitgliedstaaten das Recht zu erhalten, ihren wirtschafts-, finanz- und ordnungspolitischen Vorstellungen entsprechend über den Umfang der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit zu entscheiden – findet sie weder im Wortlaut des Art. 295 EGV eine Stütze, noch ist sie aus systematischen Gründen haltbar.²⁵⁶ Die Stellung im sechsten Teil des EGV („Allgemeine und Schlußbestimmungen“) unterstreicht die Bedeutung der Vorschrift für alle Bereiche des Gemeinschaftsrechts.²⁵⁷ Dies indiziert einerseits, dass der Grundsatz der Neutralität des EGV hinsichtlich der Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten nicht ohne Berücksichtigung der übrigen Vertragsvorschriften des EGV gesehen werden darf.²⁵⁸ Umgekehrt darf Art. 295 EGV nach ganz überwiegender Meinung aber nicht dazu benutzt werden, andere Vertragsvorschriften, insbesondere die Wettbewerbsvorschriften und die Grundfreiheiten, außer Kraft zu setzen.²⁵⁹ Dies macht deutlich, dass gerade keine „Souveränitätsreserve“²⁶⁰ für die Mitgliedstaaten begründet werden soll.²⁶¹ So ist beispielsweise eine staatliche Kapitalbeteiligung an einem Unternehmen nach Art. 295 EGV

²⁵³ Hierzu Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 4, Art. 222 EWGV, Rd. 10.

²⁵⁴ Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 4, Art. 222 EWGV, Rd. 3.

²⁵⁵ So mit Hinweis auf die systematische Stellung von Art. 295 EGV iVm Art. 30 EGV Thiel, J., *Europa 1992: Grundrechtlicher Eigentumsschutz im EG-Recht*, JuS 1991, S. 274 (275).

²⁵⁶ So die ganz hM, vgl. nur Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 4, Art. 222 EWGV, Rd. 5, 6.

²⁵⁷ Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 191.

²⁵⁸ EuGH, verb. Rs. C-92/92 und C-326/92 (*Phil Collins u.a.*), Slg. 1993, I-5145 (5197, Rd. 22).

²⁵⁹ Müller-Graff/Zehetner, *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 1991, S. 33; Basedow, J., *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992, S. 35; Mestmäcker, E.-J., *Staat und Unternehmen im Europäischen Gemeinschaftsrecht – zur Bedeutung des Art. 90 EWGV*, RabelsZ 1988, S. 526 (535); so auch die Schlußanträge des GA Reischl in EuGH, verb. Rs. 188/80 bis 190/80 (*Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission*), Slg. 1982, S. 2545, 2588: „Diese Bestimmung [Art. 86 Abs.1 EGV] regelt die Stellung der öffentlichen Unternehmen und damit die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand im Gemeinsamen Markt. Ihre Funktion kann, wie von allen Verfahrensbeteiligten eingeräumt wird, nicht ohne Heranziehung von Art. [295] EGV gewürdigt werden, der vorsieht, dass der Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt läßt. Die Mitgliedstaaten, in denen unterschiedliche Konzeptionen über die Rolle der öffentlichen Wirtschaft bestehen, können demnach auch grundsätzlich frei über den Bestand und die Ausgestaltung ihrer öffentlichen Unternehmen entscheiden. Andererseits muss diese Gestaltungsfreiheit insofern einer Beschränkung unterliegen, als sie nicht dazu benutzt werden darf, die vertraglichen Grundlagen, insbesondere den Grundsatz des freien Warenverkehrs und des unverfälschten Wettbewerbs, in Frage zu stellen. Das bedeutet aber, dass grundsätzlich alle Regeln des Vertrages für alle Unternehmen, sowohl private wie öffentliche, in allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise gelten müssen und dass insofern öffentliche Unternehmen in einzelnen Mitgliedstaaten nicht bevorzugt behandelt werden dürfen.“

²⁶⁰ Müller, J., *Dienstleistungsmonopole im System des EWGV*, 1988, S. 23.

²⁶¹ So wohl die hM, vgl. EuGH, Rs. C-309/96 (*Annibaldi*), Slg. 1997, S. I-7493 (7512, Rd. 23); EuGH, verb. Rs. C-92/92 und C-326/92 (*Phil Collins u.a.*), Slg. 1993, I-5145 (5197, Rd. 22); Kingreen, T., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 295 EGV, Rd. 9 m.w.N.; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 4, Art. 222 EWGV, Rd. 6.

grundsätzlich unbedenklich, nicht aber, wenn sie als eine verbotene staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist, was alleine nach den Kriterien des Art. 87 EGV zu entscheiden ist.²⁶² Wenn letzteres der Fall ist, kann die Kommission nach Art. 88 Abs. 2 EGV entscheiden, dass der betreffende Staat die unzulässige Beihilfe aufzuheben oder umzugestalten hat, was im Ergebnis zur Rückabwicklung der staatlichen Kapitalbeteiligung und damit zur Reprivatisierung des betreffenden Unternehmens führt.²⁶³

Ausgehend von dieser engen Auslegung stellt sich die Frage nach dem bleibenden Bedeutungsgehalt des Art. 295 EGV. Wird Art und Umfang der Einflußnahme der Europäischen Gemeinschaft auf die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten nicht über Art. 295 EGV, sondern durch die übrigen Vorschriften des EG-Vertrages bestimmt, ist *Kingreen* darin zuzustimmen, dass „nicht die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten durch den Vertrag, sondern gerade umgekehrt der Vertrag durch die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt“²⁶⁴ bleibt. Dass sich aus Art. 295 EGV keine Rechtmäßigkeitsvermutung²⁶⁵ für staatliche Sonderrechte im Wettbewerb ableiten läßt, wird auch in ständiger Rechtsprechung des EuGH seit seiner *Telekommunikations-Endgeräte*-Entscheidung vom 19.03.1991 bestätigt.²⁶⁶ Die Rechtmäßigkeit der Verleihung staatlicher Sonderrechte an Unternehmen ist allein anhand der übrigen Vertragsvorschriften des EG-Vertrags zu ermitteln.²⁶⁷

3. Art. 86 Abs. 1 EGV

a) Normzweck

Art. 86 Abs. 1 EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Art. 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Wie bereits in Teil 1 ausgeführt wurde, ist die staatliche Steuerung und Kontrolle von Versorgungsunternehmen in

²⁶² So der Fall von EuGH, Rs. 234/84 (*Belgien/Kommission*), Slg. 1986, S. 2263 (2285 f., Rd. 13 f.).

²⁶³ Beispiel nach Dohms, R., in: Wiedemann, G., *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 52.

²⁶⁴ Kingreen, T., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 295 EGV, Rd. 14; im Ergebnis ebenso Möschel, W., *Europäisches Kartellrecht in liberalisierten Wirtschaftssektoren*, WuW 1999, S. 832 (833).

²⁶⁵ Anderer Ansicht Hailbronner, K., *Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt – Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht*, NJW 1991, S. 593 (599, 601) und GA Tesaro, dessen Ansicht der EuGH in seiner „Endgeräte“-Entscheidung aber nicht gefolgt ist, vgl. GA Tesaro, *Schlußanträge zu EuGH, Rs. C-202/88 (Frankreich/Kommission)*, Slg. 1991, S. I-1223 (1248f., Tz. 29).

²⁶⁶ EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 (1265, Rd. 22); ebenso EuGH, Rs. C-353/89 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-4069 (4098, Rd. 34); Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 91 ff., 194 f.; Platteau, K., *Article 90 EEC Treaty after the Court Judgment in the Telecommunications Terminal Equipment Case*, ECLR 1991, S. 105 (106, 108); Schwintowski, H.-P., *Staatlich veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten*, RabelsZ 1994, S. 232 (272).

²⁶⁷ Kingreen, T., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 295 EGV, Rd. 14, führt hierzu abschließend aus: „Eine Vorschrift, die eigentumspolitische Neutralität im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten verheißt, bildet daher auf die Dauer einen anachronistischen Fremdkörper in einer wirtschafts- und wettbewerbspolitisch nicht neutralen Rechtsordnung, die auf der Entfaltung grenzüberschreitender Privatautonomie aufbaut, sich zum Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 4, 98 EGV) bekennt und die an der Währungsunion beteiligten Mitgliedstaaten in ein engmaschiges Netz stabilitätspolitischer Vorgaben einbindet (Art. 4 Abs. 3, 121 Abs. 1 EGV).“

den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oft mit der Verleihung einer besonderen Rechtsstellung verbunden, die den betroffenen Unternehmen zur Erfüllung ihrer gemeinwohlorientierten Tätigkeit eine privilegierte Stellung im Wettbewerb verschafft. Normzweck des Art. 86 Abs. 1 EGV ist es, im „Graubereich“²⁶⁸ zwischen eindeutig privater Unternehmenstätigkeit und hoheitlicher Verwaltung dafür zu sorgen, dass eine wirtschaftliche Chancengleichheit im Wettbewerb sichergestellt ist und zum Schutz des Binnenmarktkonzepts bestimmte staatliche Wettbewerbsbeschränkungen nicht von vornherein einer rechtlichen Überprüfung entzogen werden.²⁶⁹

b) Norminhalt

aa) Mitgliedstaaten

Wie bei allen staatsbezogenen Normen im EG-Vertrag umfaßt der Begriff des Mitgliedstaats nicht nur den Bundes- oder Zentralstaat, sondern alle mitgliedstaatlichen Hoheitsträger, insbesondere öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften und Anstalten auf nationaler, regionaler oder kommunaler Ebene.²⁷⁰

bb) Öffentliche Unternehmen

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH²⁷¹ ist bei Art. 86 Abs. 1 EGV unter einem Unternehmen im Sinne der Vorschrift eine Einheit zu verstehen, die unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung eine wirtschaftliche Tätigkeit²⁷² ausübt. In ihrer ersten Transparenzrichtlinie²⁷³ von 1980 hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften festgelegt, welche Unternehmen nach ihrem Verständnis in jedem Fall unter den gemeinschaftsrechtlichen Begriff²⁷⁴ der öffentlichen Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV zu subsumieren sind.²⁷⁵ Art. 2 Abs. 1 dieser Richtlinie definiert als öffentliches

²⁶⁸ Kapp, T., in: in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 82 EGV, Rd. 4.

²⁶⁹ EuGH, verb. Rs. 188/80 bis 190/80 (*Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich*), Slg. 1982, S. 2545 (2575, Rd. 12).

²⁷⁰ EuGH, Rs. 248/84 (*Deutschland/Kommission*), Slg. 1987, S. 4013 (4041, Rd. 17); EuGH, Rs. 30/87 (*Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*), Slg. 1988, S. 2479 (2516, Rd. 33); Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, C. Art. 37, 90 EGV, Rd. 51; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 20; Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie Nr. 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beteiligungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG 1980 Nr. L 195/35.

²⁷¹ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2016, Rd. 21); EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Slg. 1993, S. I-664 (670, Rd. 17); EuGH, Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft*), Slg. 1994, S. I-43 (61, Rd. 18); EuGH, Rs. C-244/94 (*Fédération Française des sociétés d'assurances*), Slg. 1995, S. I-4022 (4028, Rd. 14); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7147, Rd. 21).

²⁷² Zu dieser Begrifflichkeit später ausführlich in Teil 3.

²⁷³ Richtlinie Nr. 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beteiligungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG 1980 Nr. L 195/35.

²⁷⁴ Vgl. EuGH, Rs. 118/85 (*Kommission/Italien*), Slg. 1987, S. 2599 (2622, Rd. 11).

²⁷⁵ Zur Allgemeingültigkeit der Begriffsdefinition der Richtlinie im Verhältnis zu Art. 86 Abs. 1 EGV vgl. EuGH, verb. Rs. 188/80 bis 190/80 (*Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich*), Slg. 1982, S. 2545 (2578f., Rd. 24-26); Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 17; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 26 ff.

Unternehmen „jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstigen Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann“ und die öffentliche Hand als den „Staat sowie andere Gebietskörperschaften“. Nach Art. 2 Abs. 2 der Transparenzrichtlinie wird ein beherrschender Einfluß vermutet, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Kapitalmehrheit an dem Unternehmen besitzt, über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.²⁷⁶ Bestimmendes Kennzeichen des öffentlichen Unternehmens ist somit, dass der Staat auf das Unternehmen einen beherrschenden Einfluß ausüben kann.²⁷⁷ Ob die Rechtsform des Unternehmens öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, ist für die Qualifikation als öffentliches Unternehmen dagegen unerheblich.²⁷⁸

Die rechtstatsächlichen Erscheinungsformen von öffentlichen Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft sind so vielfältig und verändern sich so schnell, dass jeder Versuch einer Katalogisierung nur eine unvollständige Momentaufnahme darstellen kann. Von Kommission und Gerichtshof sind in der Vergangenheit beispielsweise nationale Eisenbahnunternehmen in der Gemeinschaft²⁷⁹, nationale, regionale oder kommunale Energieversorgungsunternehmen²⁸⁰, die nationalen Luft- und Seeverkehrsunternehmen²⁸¹, staatliche Post- und Telekommunikationsunternehmen²⁸², die deutsche Postbank, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten²⁸³, die Versicherungsgesellschaften des öffentlichen

²⁷⁶ Hierzu Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 23.

²⁷⁷ Vgl. EuGH, verb. Rs. 188/80 bis 190/80 (*Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich*), Slg. 1982, S. 2545 (2578 f., Rd. 26); Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 19 m.w.N.; Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 16; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Art. 90, Rd. 9; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, C. Art. 37, 90 EGV, Rd. 13 ff.

²⁷⁸ Vgl. hierzu auch EuGH, Rs. 118/85 (*Kommission/Italien*), Slg. 1987, S. 2599 (2621f., Rd. 8, 10-13); auch auf eine getrennte Rechtspersönlichkeit des Unternehmens gegenüber der öffentlichen Hand kommt es nicht an, vgl. EuGH, Rs. C-69/91 (*Decoster*), Slg. 1993, S. I-5335 (5379, Rd. 15); EuGH, Rs. C-92/91 (*Taillandier*), Slg. 1993, S. I-5383 (5403, Rd. 14); Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Art. 90, Rd. 10; Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 17.

²⁷⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 25.11.1992 (*UIC*), ABl. EG 1992 Nr. L 366/47; dieselbe, Entscheidung vom 21.12.1993 (*Hafen von Rødby*), ABl. EG 1994 Nr. L 55/52.

²⁸⁰ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 22.12.1992 (*Jahrhundertvertrag*), ABl. EG 1993 Nr. L 50/14.

²⁸¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 22.06.1987 (*Tarifiermäßigungen im Luft- und Seeverkehr in Spanien*), ABl. EG 1987 Nr. L 194/28.

²⁸² Richtlinie der Europäischen Kommission vom 16.05.1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte, ABl. EG Nr. L 131/73, Erwägungsgrund 11; Richtlinie der Europäischen Kommission vom 28.06.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG 1990 Nr. L 192/10, Erwägungsgrund 3; Europäische Kommission, Entscheidung vom 01.08.1990 (*Eilkurierdienstleistungen in Spanien*), ABl. EG 1990 Nr. L 233/19; dieselbe, Entscheidung vom 20.12.1989 (*Eilkurierdienstleistungen in den Niederlanden*), ABl. EG 1990 Nr. L 10/47; dieselbe, Entscheidung vom 04.10.1995 (*GSM-Mobilfunkdienste*), ABl. EG 1995 Nr. L 280/49.

²⁸³ Europäische Kommission, *Grünbuch über die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel*, KOM (84), 300 endg., S. 189 f.; dieselbe, Entscheidung vom 11.06.1993 (*EBU/Eurovisionssystem*), ABl. EG 1993 Nr. L 179/23.

Sektors²⁸⁴ und das italienische Tabakwaren- und Salzmonopol AAMS²⁸⁵ als öffentliche Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV qualifiziert worden.²⁸⁶

cc) Unternehmen mit ausschließlichen Rechten

Der Begriff der ausschließlichen und besonderen Rechte, die bestimmte Unternehmen gegenüber anderen in eine Sonderstellung und gleichzeitig in eine Abhängigkeit zur öffentlichen Hand versetzen, ist aus der Zielsetzung des Art. 86 Abs. 1 EGV abzuleiten.²⁸⁷ Ein ausschließliches Recht im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV läßt sich als ein Recht definieren,

„das der Mitgliedstaat durch Hoheitsakt im Gesetzes- oder Verwaltungswege, gleich ob mit öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Mitteln, einem öffentlichen oder privaten Unternehmen gewährt und das diesem eine bestimmte Produktion oder die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung oder die Ausübung einer sonstigen bestimmten Tätigkeit in einem definierten räumlichen, zeitlichen oder sonstigen sachlichen Rahmen vorbehält.“²⁸⁸

Rechtstatsächliche Erscheinungsformen staatlicher Regulierung, die sich als Verleihung ausschließlicher Rechte im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV darstellt, sind zum Beispiel staatlich verliehene Monopolrechte²⁸⁹, die öffentliche Beleihung von Unternehmen²⁹⁰ oder die staatliche Verleihung ausschließlicher Lizenzen für das Angebot bestimmter Leistungen^{291 292}.

²⁸⁴ Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.04.1985 (*Griechisches Gesetz über Versicherung öffentlichen Vermögens*), ABl. EG 1985 Nr. L 152/25.

²⁸⁵ EuGH, Rs. 118/85 (*Kommission/Italien*), Slg. 1987, S. 2599 (2623, Rd. 16).

²⁸⁶ Übersicht bei Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 18; weitere Beispiele bei Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Art. 90 EGV, Rd. 17; vgl. auch die aktuelle Übersicht von Dexia, *Local Public Companies in the fifteen countries of the European Union and in Norway*, 1999.

²⁸⁷ Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 21.

²⁸⁸ Definition nach Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd., 31 ff., 41 m.w.N.; siehe hierzu auch Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, C. Art. 37, 90, Rd. 19.

²⁸⁹ EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convenzionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5927, Rd. 9); EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533 (2567, Rd. 8); EuGH, Rs. C-163/96 (*Raso u.a.*), Slg. 1998, S. I-533 (578, Rd. 23).

²⁹⁰ Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Art. 90, Rd. 24.

²⁹¹ EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 (430, Rd. 14); EuGH, Rs. 90/76 (*Van Ameyde/UCI*), Slg. 1977, S. 1091 (1125, Rd. 18); EuGH, Rs. 30/87 (*Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*), Slg. 1988, S. 2479 (2517, Rd. 35); EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (852, Rd. 50); EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2017, Rd. 25); EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925 (2962, Rd. 37); EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convenzionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5927, Rd. 13); EuGH, verb. Rs. C-271/90, C-281/90 und C-289/90 (*Spanien u.a./Kommission*), Slg. 1992, S. I-5833 (5868, Rd. 37); EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6056, Rd. 88); EuGH, Urteil vom 10.02.2000, verb. Rs. C-147/97 und C-148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 37 (noch nicht in Slg.); Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, C. Art. 37, 90 EGV, Rd. 23 m.w.N.

²⁹² Weitere ausführliche Nachweise rechtstatsächlicher Erscheinungsformen ausschließlicher Rechte iSv Art. 86 I EGV bei Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 82 EGV, Rd. 30.

dd) Unternehmen mit besonderen Rechten

Im Gegensatz zu einem ausschließlichen Recht läßt sich ein besonderes Recht im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV als ein Recht definieren,

„das die öffentliche Hand durch Hoheitsakt im Gesetzes- oder Verwaltungswege, gleich ob mit öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Mitteln, mehreren, zahlenmäßig begrenzten öffentlichen und/oder privaten Unternehmen gewährt und das diesen eine bestimmte Produktion oder die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung oder die Ausübung einer sonstigen bestimmten Tätigkeit in einem bestimmten räumlichen, zeitlichen oder sonstigen sachlichen Rahmen vorbehält.“²⁹³

Unternehmen mit besonderen Rechten sind damit grundsätzlich solche, denen durch mitgliedstaatliche Eingriffe in den Marktprozess eine wettbewerbliche Vorrangstellung eingeräumt wird und die dadurch in eine besondere Nähebeziehung zum Staat eintreten, die dem Staat zusätzliche Einflußmöglichkeiten gibt.²⁹⁴

Nach einer Auffassung in der Literatur ist die Unterscheidung zwischen den einzelnen Formen von Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV ohne praktische Bedeutung, da die Rechtsfolgen nicht verschieden seien. Entscheidend sei allein der mögliche Einfluß des Staates auf die unternehmerische Tätigkeit.²⁹⁵ Hiergegen wendet *Mestmäcker* zutreffend ein, dass die verschiedenen, von den Mitgliedstaaten eingeräumten Rechtsstellungen ganz verschiedene Auswirkungen auf den Wettbewerb haben.²⁹⁶ Sie entscheiden über den Grad der Handlungsfreiheit der betroffenen Unternehmen, von der wiederum die Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates abhängt.²⁹⁷ Die Rechtsprechung des EuGH zu ausschließlichen Rechten hat die Zweifel an der Eigenbedeutung der verschiedenen von Art. 86 Abs. 1 EGV erfaßten

²⁹³ Definition nach Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 42 m.w.N.; für den Telekommunikationsendgeräte-Sektor hat die Europäische Kommission besondere Rechte in der Richtlinie 94/46 vom 13.10.1994, ABl. EG 1994 Nr. L 268/15 als Rechte definiert, „die ein Mitgliedstaat durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften einer begrenzten Anzahl von Unternehmen in einem Gebiet gewährt. Ein besonderes Recht liegt dann vor, wenn der Mitgliedstaat (a) die Anzahl dieser Unternehmen auf zwei oder mehrere Unternehmen begrenzt, ohne sich dabei an objektive, angemessene und nichtdiskriminierende Kriterien zu halten, oder (b) mehrere konkurrierende Unternehmen nach anderen als diesen Kriterien bestimmt, oder (c)

einem oder mehreren Unternehmen nach diesen Kriterien auf dem Gesetzes- oder Verwaltungswege besondere Vorteile einräumt, die die Fähigkeit anderer Unternehmen, Telekommunikationsendgeräte in demselben Gebiet unter wesentlich gleichen Bedingungen einzuführen, zu vermarkten, anzuschließen, in Betrieb zu nehmen und zu warten wesentlich beeinträchtigen.

²⁹⁴ Vgl. Emmerich, V., in: Dauses, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, H. II, Rd. 110; Mestmäcker, E.-J., Art. 37, 90 EGV, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, C. Art. 90, Rd. 19; Europäische Kommission, 24. Wettbewerbsbericht – Berichtszeitraum 1994, 1995, Tz. 219;.

²⁹⁵ Temple Lang, J., *Community Antitrust Law and Government Measures relating to Public and Privileged Enterprises*, Fordham Corp. Law Inst. 1984, S. 543 (553); Jungbluth, A., Art. 90 EGV, in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 90, Rd. 19; Bach, A., *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, 1992, S. 33 f.

²⁹⁶ Mestmäcker, E.-J., Art. 37, 90 EGV, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, C. Art. 90, Rd. 21.

²⁹⁷ Ebenda, vgl. auch ders., *Staat und Unternehmen im Europäischen Gemeinschaftsrecht – Zur Bedeutung von Art. 90 EWGV*, RabelsZ 1988, S. 526 (554 ff.).

Unternehmen beseitigt.²⁹⁸ Der EuGH hat allerdings noch in keiner Rechtssache das Vorliegen eines besonderen Rechts ausdrücklich anerkannt.²⁹⁹

ee) Staatliche Maßnahme

Nach dem Normzweck der Vorschrift ist der Begriff der staatlichen Maßnahme weit auszulegen und umfaßt jede Form staatlichen Eingreifens in den Marktprozess, die zu einem dem EG-Vertrag widersprechenden Verhalten des Unternehmens oder des Mitgliedstaates selbst führt oder führen kann.³⁰⁰ Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und der EuGH haben zum Beispiel nationale Gesetze und Verordnungen, die bestimmte Unternehmen direkt oder indirekt privilegieren³⁰¹, die Verweigerung erforderlicher Genehmigungen für Konkurrenzunternehmen³⁰², belastende Auflagen in Lizenzen für Konkurrenten³⁰³ oder Konzessionsbedingungen, die dem begünstigten Unternehmen ein bestimmtes vertragswidriges Verhalten vorschreiben³⁰⁴, als „Maßnahmen“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV qualifiziert. Aus der Formulierung „treffen oder beibehalten“ ist zudem die Verpflichtung der Mitgliedstaaten abzulesen, nicht nur dem Vertrag zuwiderlaufende Maßnahmen zu unterlassen, sondern auch aktiv und initiativ einzugreifen, wenn eine bestehende Maßnahme nicht (mehr) den Vorgaben des EG-Vertrages entspricht.

²⁹⁸ Vgl. ausführliche Nachweise oben unter IV.3.b)cc)

²⁹⁹ Offengelassen in EuGH, Rs. C202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 (1270, Rd. 45, 46); EuGH, verb. Rs. C271/90, C281/90 und C289/90 (*Spanien u.a./Kommission*), Slg. 1992, S. I-5833 (5867, Rd. 29-31).

³⁰⁰ Einhellige Meinung, vgl. Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 25 m.w.N.; Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 18; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch zum Kartellrecht*, 1999, § 35, Rd. 44 m.n.N; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlmann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Art. 90, Rd. 38.

³⁰¹ EuGH, Rs. C41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2017, Rd. 27); EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925, (2953, Rd. 3); EuGH, Rs. 13/77 (*INNO/ATAB*), Slg. 1977, S. 2115 (2142, Rd. 5/6); EuGH, Rs. C202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 (1265, Rd. 22); EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5924f., Rd. 3,4); EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533 (2565, Rd. 3); EuGH, Rs. C203/96 (*Dusseldorp u.a.*), Slg. 1998, S. I-4075 (4131f., Rd. 62, 63, 68); Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.04.1985 (*Griechische Versicherungen*), ABl. EG 1985 Nr. L 152/25; dieselbe, Entscheidung vom 22.06.1987 (*Tariffermäßigungen im Luft- und Seeverkehr in Spanien*), ABl. EG 1987 Nr. L 194/28; dieselbe, Entscheidung vom 20.12.1989 (*Eilkurierdienstleistungen in den Niederlanden*), ABl. EG 1990 Nr. L 10/47; dieselbe, Entscheidung vom 01.08.1990 (*Eilkurierdienstleistungen in Spanien*), ABl. EG 1990 Nr. L 233/19; dies., Entscheidung vom 28.06.1995 (*Rabattsystem am Flughafen Brüssel*), ABl. EG 1995 Nr. L 216/8; dies., Entscheidung vom 21.10.1997 (*Italienisches Hafenarbeitsgesetz*), ABl. EG 1997 Nr. L 301/17; dies., Entscheidung vom 21.10.1997 (*Lotsentarife im Hafen von Genua*), ABl. EG 1997 Nr. L 301/27, Rd. 13 ff.

³⁰² Europäische Kommission, Entscheidung vom 21.12.1993 (*Hafen von Rødby*), ABl. EG 1994 Nr. L 55/52, Rd. 6.

³⁰³ Europäische Kommission, Entscheidung vom 04.10.1995 (*GSM-Mobilfunknetze in Italien*), ABl. EG 1995 Nr. L 280/49, Rd. 17; dies., Entscheidung vom 18.12.1996 (*GSM-Mobilfunknetze in Spanien*), ABl. EG 1997 Nr. L 76/19, Rd. 1, 21.

³⁰⁴ EuGH, Rs. 30/87 (*Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*), Slg. 1988, S. 2479 (2517, Rd. 34); EuGH, Rs. C-18/93 (*Corsica Ferries*), Slg. 1994, S. I-1783 (1825, Rd. 43).

c) Normwirkung des Art. 86 Abs. 1 EGV

aa) Maßnahmen

Ungeachtet seiner systematischen Stellung im Dritten Teil („Politiken der Gemeinschaft“), Titel VI, Kapitel 1 („Wettbewerbsregeln“) nimmt die Vorschrift auf alle Vorschriften des EG-Vertrags Bezug, was aus der Formulierung „keine diesem Vertrag [...] widersprechenden Maßnahmen“ abzulesen ist.³⁰⁵ Normadressaten der Vorschrift sind ausschließlich die Mitgliedstaaten, für die Art. 86 Abs. 1 EGV als *lex specialis* zunächst das allgemeine in Art. 10 Abs. 2 EGV enthaltene Gebot, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des EG-Vertrages gefährden könnten, auch im Hinblick auf privilegierte Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV konkretisiert.³⁰⁶

Die Bedeutung des Art. 86 Abs. 1 EGV erschöpft sich aber nicht in einer reinen Verweisungsnorm ohne selbständigen Regelungsgehalt; vielmehr werden über Art. 86 Abs. 1 EGV die staatlich gesteuerten und kontrollierten Wirtschaftssektoren allen Regeln des EG-Vertrags unterstellt. Dieser Ansicht ist auch der EuGH in seinem Urteil zur ersten Transparenzrichtlinie:

„Art. [86] EGV betrifft nur die Unternehmen, für deren Verhalten die Staaten aufgrund des Einflusses, den sie auf dieses Verhalten ausüben können, besondere Verantwortung tragen. Er unterstreicht, dass für diese Unternehmen vorbehaltlich der in Abs. 2 getroffenen näheren Bestimmungen sämtliche Vorschriften des Vertrages gelten; er verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einhaltung dieser Vorschriften in ihren Beziehungen zu diesen Unternehmen, und er überträgt der Kommission insoweit eine Überwachungsaufgabe, die erforderlichenfalls durch den Erlass von Richtlinien und Entscheidungen an die Mitgliedstaaten erfüllt werden kann.“³⁰⁷

Die Rechtsprechung des EuGH macht zunächst klar, dass Art. 86 Abs. 1 EGV im systematischen Zusammenhang mit Abs. 2 und 3 zu lesen ist, was seinen selbständigen Charakter dokumentiert. Darüber hinaus kann Art. 86 Abs. 1 EGV als Komplementärnorm in Verbindung mit den allein an Unternehmen gerichteten Art. 81 und 82 EGV originär eine Verantwortlichkeit des Mitgliedstaats für seine Maßnahmen begründen, die zu einem wettbewerbswidrigen, die Tatbestände des Art. 81 oder 82 EGV erfüllenden Verhalten seitens der in Art. 86 Abs. 1 genannten Unternehmen führen oder führen können.³⁰⁸ Umgekehrt unterwirft Art. 86 EGV die in Abs. 1 genannten staatlich privilegierten Unternehmen Verpflichtungen aus dem gesamten EG-Vertrag, auch wenn sich diese nicht originär an Unternehmen richten.³⁰⁹

³⁰⁵ Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 7.

³⁰⁶ EuGH, Rs. 13/77 (*NNO/ATAB*), Slg. 1977, S. 2115 (2145, Rd. 30/35; Rd. 40/42); EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saaed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (852, Rd. 48, 49); EuGH, Rs. C-323/93 (*Centre d'insémination de la Crespelle*), Slg. 1994, S. I5077 (5104, Rd. 15); EuGH, Rs. C-70/95 (*Sodemare u.a.*), Slg. 1997, S. I3395 (3436f., Rd. 41, 42); Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 4 m.w.N.

³⁰⁷ EuGH, verb. Rs. 188/80 bis 190/80 (*Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission*), Slg. 1982, 2545 (2575, Rd. 12).

³⁰⁸ Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 4.

³⁰⁹ Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 3 m.w.N.

Daher lässt sich zusammenfassend festhalten, dass Art. 86 Abs. 1 EGV eine Doppelfunktion erfüllt.³¹⁰ Er betont sowohl die Pflichten der Mitgliedstaaten, die an sie direkt gerichteten Vertragsregeln auch hinsichtlich staatlich privilegierter Unternehmen zu beachten und bezweckt daneben die Verhinderung einer mittelbaren Vertragsverletzung durch die Mitgliedstaaten kraft ihres bestimmenden Einflusses auf diese Unternehmen.³¹¹ Daraus wird auch klar, dass Art. 86 Abs. 1 EGV seine wahre inhaltliche Ausfüllung erst durch die Vertragsregeln erhält, auf die er verweist.³¹² Dementsprechend richtet sich auch die Frage nach seiner unmittelbaren Anwendbarkeit nach der in Frage stehenden Norm; ist diese unmittelbar anwendbar, ist es in Verbindung damit auch Art. 86 Abs. 1 EGV.³¹³

bb) Ausschließliche und besondere Rechte

Nach einer wörtlichen Auslegung von Art. 86 Abs. 1 EGV beschränkt sich der Aussagegehalt der Norm darauf, dass lediglich die staatlichen Maßnahmen in Bezug auf privilegierte Unternehmen einer uneingeschränkten Überprüfung der EG-Vertragsregeln unterliegen. Ob dies im Umkehrschluß bedeutet, dass Art. 86 Abs. 1 EGV von der grundsätzlichen Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen und der Verleihung ausschließlicher und/oder besonderer Rechte an private Unternehmen ausgeht und dieser Form staatlicher Wirtschaftstätigkeit damit auf europäischer Primärrechtsebene Bestandsschutz im Konfliktfall mit den EG-Vertragsregeln zugestanden wird, läßt sich nicht anhand einer isolierten Analyse des Art. 86 Abs. 1 EGV ermitteln, sondern nur in einer Auseinandersetzung mit der differenzierten Rechtsprechung des EuGH zu den Grenzen staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen im Anwendungsbereich der einzelnen Binnenmarktregeln. Die Vereinbarkeit von öffentlichen Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten ausschließliche und besondere Rechte verliehen haben mit den Binnenmarktregeln gehört zu den umstrittensten Fragen im europäischen Wirtschaftsrecht und ist bis heute in struktureller und systematischer Hinsicht nur unzureichend gelöst.³¹⁴

4. Ergebnis

Aus Art. 295 EGV lassen sich keine mitgliedstaatlichen Souveränitätsreserven hinsichtlich etwaiger freiverkehrshinderlicher wettbewerbsbeschränkender oder -ausschließender staatlicher Wirtschaftstätigkeit ableiten. Im Zusammenspiel mit Art. 295 EGV ist Art. 86 Abs. 1 EGV der methodische Hebel im EG-Vertrag für die vorrangige Beachtung der Binnenmarktziele, um zu verhindern, dass den Zielsetzungen des Binnenmarkts widersprechende wettbewerbsrechtliche Privilegierungen von Unternehmen zu einer

³¹⁰ Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 49.

³¹¹ EuGH, verb. Rs. 188/80 bis 190/80 (*Frankreich, Italien & Vereinigtes Königreich/Kommission*), Slg. 1982, S. 2545 (2579, Rd. 26); EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5777, Rd. 30); EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5806, Rd. 41); EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5832, Rd. 47); Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 3, 4 m.w.N. in FN 11.

³¹² Art. 86 I EGV ist daher gewissermaßen eine „Blankettnorm“, vgl. Müller-Graff/Zehetner, *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 1991, S. 89.

³¹³ Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 7.

³¹⁴ Einer Auseinandersetzung mit dieser Frage ist u.a. der folgende Abschnitt V. gewidmet.

Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels oder zu einer Abschwächung der Effizienz der Märkte führt. Die Beantwortung der Fragen, wo genau bei den einzelnen Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln die Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit liegen, und ob Art. 86 Abs. 1 EGV von der grundsätzlichen Zulässigkeit ausschließlicher und besonderer Rechte ausgeht und nur ihre mißbräuchliche Ausnutzung einer Kontrolle durch die Binnenmarktregeln unterwirft, ist bis heute in Rechtsprechung und Schrifttum von großen Unsicherheiten und Widersprüchlichkeiten gekennzeichnet. Ihr ist daher der folgende Abschnitt (V.) gewidmet, in dem systematisch die wettbewerbsrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten in Bezug auf Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV anhand der einzelnen Binnenmarktregeln untersucht werden soll.

V. Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten im Binnenmarktrecht

1. Staatsbezogene Normen

a) Allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV)³¹⁵

aa) Staatliche Maßnahmen iSv Art. 86 Abs. 1 EGV

Staatliche Maßnahmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV dürfen nach dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV nicht dazu führen, dass ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar durch öffentliche Unternehmen oder durch Unternehmen mit Sonderrechten Angehörige und/oder Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten formell oder materiell diskriminiert.³¹⁶ Art. 12 EGV verbietet daher zum Beispiel diskriminierende staatliche Tarifvergünstigungen im Luft- und Seeverkehr³¹⁷ oder diskriminierende Bestimmungen für die bevorzugte Vergabe von Aufträgen an privilegierte Unternehmen gemäß 86 Abs. 1 EGV.³¹⁸ Allerdings darf nach der neueren Rechtsprechung des EuGH³¹⁹ nur auf Art. 12 EGV zurückgegriffen werden, soweit der EG-Vertrag, zum Beispiel in Form der Grundfreiheiten, keine besonderen Diskriminierungsverbote enthält. Stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit staatlicher Maßnahmen mit den Binnenmarktregeln, ist regelmäßig der Anwendungsbereich einer der Grundfreiheiten eröffnet, so dass Art. 12 EGV nur selten direkt³²⁰ zur Anwendung gelangt.

³¹⁵ Auch wenn nach der neueren Rspr. des EuGH auf Art. 12 EGV nur zurückgegriffen werden darf, soweit der EGV keine besonderen Diskriminierungsverbote enthält und Art. 12 EGV hierdurch nur selten direkt zur Anwendung gelangt, soll er aus Vollständigkeitsgründen im folgenden kurz angesprochen werden.

³¹⁶ Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, C. Art. 37, 90 EGV, Rd. 63; Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 22.

³¹⁷ Europäische Kommission, Entscheidung vom 22.06.1987 (*Tariffermäßigungen im Luft- und Seeverkehr in Spanien*), ABl. EG 1987 Nr. L 194/28.

³¹⁸ Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 27 m.w.N.

³¹⁹ St. Rspr., vgl. EuGH, Rs. 305/87 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 1989, S. 1461 (1476, Rd. 12 f.); EuGH, Rs. C-175/88 (*Biehl*), Slg. 1990, S. I1789 (1792, Rd. 13); EuGH, Rs. 186/87 (*Cowan/Trésor public*), Slg. 1989, S. 195 (220, Rd. 14); EuGH, Rs. C-10/90 (*Masgio*), Slg. 1991, S. I1119 (1138, Rd. 12); EuGH, Rs. C-419/92 (*Scholz*), Slg. 1994, S. I505 (520, Rd. 6); EuGH, Rs. C-177/94 (*Perfili*), Slg. 1996, S. I161 (175, Rd. 13 ff.).

³²⁰ Nach st. Rspr. kann Art. 12 EGV aber neben den besonderen Diskriminierungsverboten zur Auslegung herangezogen werden, vgl. EuGH, Rs. 8/77 (*Sagulo, Brenca & Bakhouché*), Slg. 1977, S. 1495 (1505, Rd. 9)

bb) Verleihung ausschließlicher und besonderer Rechte

Aus dem eben Gesagten folgt allerdings nicht, wie vereinzelt angenommen³²¹, dass bereits der Verleihungsvorgang von besonderen oder ausschließlichen Rechten an inländische Unternehmen unabhängig vom Inhalt des verliehenen Rechts immer schon deswegen gegen Art. 12 EGV verstößt, da durch eine solche Marktzutrittsregulierung zumindest ein Unternehmen (Monopolist) oder eine begrenzte Anzahl Unternehmen (Oligopolisten) des betreffenden Mitgliedstaates gegenüber allen Unternehmen anderer Mitgliedstaaten privilegiert wird. Beruht nämlich die Vergabe einer Monopol- oder Oligopolstellung auf einem objektiven, zeitlich limitierten und nichtdiskriminierenden staatlichen Auswahl- und Verleihungsakt³²², so liegt allein in der Errichtung oder zeitweisen Aufrechterhaltung besonderer oder ausschließlicher Rechte noch nicht zwingend ein Verstoß gegen das allgemeine gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein solcher „neutraler“ mitgliedstaatlicher Verleihungsakt, der weder unmittelbar noch mittelbar an die Staatsangehörigkeit anknüpft und daher Inländer und Ausländer tatbestandlich und in seinen Auswirkungen in gleichem Maße betrifft, vom Verbot des Art. 12 EGV nicht umfaßt ist.

Daraus, dass Art. 12 EGV also nur verlangt, dass alle Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats gleich behandelt werden, folgt auch, dass sich die Norm nicht zum Abbau von Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Mitgliedstaaten der Union instrumentalisieren läßt, da Unterschiede der verschiedenen nationalen Vorschriften in den Mitgliedstaaten als solche keine Diskriminierungen darstellen.³²³

b) Handelsmonopole (Art. 31 EGV)

aa) Normzweck und Norminhalt

Art. 31 Abs. 1 UnterAbs. 1 EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten als Normadressaten, ihre Handelsmonopole so umzugestalten, dass eine Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Art. 31 EGV unterscheidet sich von Art. 28 EGV dadurch, dass er nach seinem ausdrücklichen Wortlaut auf die Beseitigung der Diskriminierung beschränkt ist und nicht gegen sämtliche nichtdiskriminierenden Behinderungen des freien Warenverkehrs als solchen schützt.³²⁴ Er ist

und EuGH, Rs. 175/78 (*Saunders*), Slg. 1979, S. 1129 (1134, Rd. 8 f.) zu Art. 39 EGV; EuGH, Rs. 136/78 (*Auer*), Slg. 1979, S. 437 (448, Rd. 14) zu Art. 43 EGV.

³²¹ Vgl. die Argumentation von Emmerich, V., in: Dausers, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II. Rd. 55 (hinsichtlich staatlicher Dienstleistungsmonopole).

³²² Diese Strategie wird in der Wirtschaftstheorie mit dem Schlagwort „Wettbewerb um die Monopol- oder Oligopolstellung“ bezeichnet. Diese Strategie wird sehr häufig in der wirtschaftspolitischen Praxis angewandt, wie z.B. bei der Versteigerung der begrenzten UMTS-Frequenzen in einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Zur zeitlich befristeten Versteigerung von Monopolen instruktiv Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 231 f.

³²³ So die ganz hM, vgl. Epiney, A., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 12, Rd. 5 mit umfangreichen weiteren Nachweisen; Bröhmer, J., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 43 EGV, Rd. 31.

³²⁴ GA Elmer, Schlußanträge zu EuGH, Rs. C-189/95 (*Franzén*), Slg. 1997, S. I-5909 (5935, Tz. 68 f. m.w.N.).

insofern nach herrschender Meinung *lex specialis* gegenüber Art. 28 und 30 EGV³²⁵, auch wenn der EuGH in seiner Rechtsprechung dieses Vorrangverhältnis nicht immer konsequent beachtet³²⁶. Da alle staatlichen Handelsmonopole auch Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV sind, besteht zwischen dem materiellen Anwendungsbereich von Art. 31 EGV und Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 31 EGV Deckungsgleichheit.³²⁷

Ein Handelsmonopol liegt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dann vor, wenn es um Handelswaren³²⁸ geht, bei denen ein grenzüberschreitender Warenaustausch möglich ist und das Monopol diesen rechtlich oder tatsächlich kontrolliert, lenkt oder auf ihn merklichen Einfluß ausübt.³²⁹ Ausgehend von diesen Kriterien sind unter staatlichen Handelsmonopolen regelmäßig nur solche staatlichen Einrichtungen³³⁰ zu verstehen, die über ein ausschließliches Einfuhr- und/oder Ausfuhrrecht für bestimmte Waren verfügen und allein nach eigenem Ermessen die Vermarktungs- und Absatzbedingungen der eingeführten und einheimischen monopolgebundenen Waren bestimmen.³³¹

bb) Diskriminierende staatliche Maßnahmen iSv Art. 86 Abs. 1 EGV

Art. 31 EGV gebietet nicht nur die Abschaffung bestehender Diskriminierungen, sondern auch die Beseitigung von Diskriminierungsmöglichkeiten.³³² Diskriminierungen in den Versorgungs- und Absatzbedingungen liegen insbesondere dann vor, wenn Waren wegen ihrer Herkunft aus anderen Mitgliedstaaten, kraft Gesetz oder durch sonstigen Hoheitsakt angeordnet, verschieden behandelt werden oder die Ungleichbehandlung potentiell schon in der Ausübung der dem Monopolisten übertragenen Rechte liegt.³³³ Der Normzweck des Art.

³²⁵ Ausdrücklich EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699, 5775, Rd. 24: „Da die ausschließlichen Einfuhrrechte der SEP gegen Art. [31] EGV verstoßen, braucht nicht erörtert zu werden, ob sie auch gegen Art. [28] EGV verstoßen, und folglich auch nicht, ob sie etwa nach Art. [30] EGV gerechtfertigt werden können.“; vgl. hierzu auch Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, in: FIW (Hrsg.), *Erfahrungen mit der Privatisierung von Monopolunternehmen*, 1999, S. 71 (75); aA Ehrliche, U., *Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV*, *EuZW* 1998, S. 741 (742).

³²⁶ Vgl. hierzu Nachweise bei Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 24 und 32 f.

³²⁷ Bei Verstößen gegen Art. 31 (iVm Art. 86 I EGV) kann die Kommission daher zwischen der Einleitung eines Verfahrens gem. Art. 86 III und Art. 226 EGV wählen, vgl. Dohms, R., in: Wiedemann, G., *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 255.

³²⁸ Dienstleistungen werden nicht erfaßt, vgl. EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 (429, Rd. 10); EuGH, Rs. 30/87 (*Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*), Slg. 1988, S. 2479 (2511, Rd. 13f.).

³²⁹ Vgl. EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, S. 1251 (1276); EuGH, Rs. 59/75 (*Staatsanwaltschaft/Manghera*), Slg. 1976, S. 91 (100, Rd. 4/5); EuGH, Rs. 161/82 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1983, S. 2079 (2094f., Rd. 14 ff.); EuGH, Rs. 30/87 (*Bodson/Funèbres des régions libérées*), Slg. 1988, S. 2479 (2511, Rd. 10 ff.); EuGH, Rs. C-347/88 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 1990, S. I-4747 (4789, Rd. 42); EuGH, verb. Rs. C-78/90 bis C-83/90 (*Compagnie commerciale de l'Ouest u.a.*), Slg. 1992, S. I-1847 (1883f., Rd. 36f.); EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1517, Rd. 29); Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, A. Art. 37, 90 EGV, Rd. 25 ff.

³³⁰ Art. 31 EGV gilt auch für die von einem Mitgliedstaat auf andere Rechtsträger hoheitlich übertragenen Monopole, vgl. EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5773, Rd. 13).

³³¹ Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 5; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 37, Rd. 5.

³³² Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 37, Rd. 42 m.w.N.

³³³ Vgl. EuGH, Rs. 78/82 (*Kommission/Italien*), Slg. 1983, S. 1955 (1967f., Rd. 11 ff.); EuGH, Rs. 91/78 (*Hansen/Hauptzollamt Flensburg*), Slg. 1979, S. 935 (952, Rd. 8 ff.); Fallgruppen und ausführliche Rechtsprechungsnachweise bei Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997,

31 EGV bestimmt auch die Weite der Umformungspflicht: Wenn es das Umformungsziel, nämlich der Ausschluß jeder Diskriminierung der Angehörigen der Mitgliedstaaten, erfordert, kann Art. 31 Abs. 1 EGV nicht nur die Umformung, sondern auch die Abschaffung der Monopolrechte gebieten.³³⁴ Hieraus wird klar, dass zumindest im Hinblick auf die Verleihung von ausschließlichen Import- und Exportrechten für Handelswaren sich aus Art. 86 Abs. 1 EGV keine Bestandsgarantie ableiten läßt.³³⁵

cc) Diskriminierende staatliche Sonderrechte iSv Art. 86 Abs. 1 EGV

Ausgehend von dieser Erkenntnis stellt sich konsequenterweise die Frage, ob nicht nur die Ausübung der ausschließlichen Rechte des Handelsmonopols nichtdiskriminierend erfolgen muss, sondern ob nicht schon die Verleihung ausschließlicher Einfuhr- und Ausfuhrrechte als solcher *per se* diskriminierend im Sinne des Art. 31 EGV ist und daher aus der Vorschrift grundsätzlich das Ende jeglicher staatlicher Handelsmonopole folgt.³³⁶ Hinsichtlich der Anforderungen an den Errichtungsvorgang ist auf das eben zu Art. 12 EGV Gesagte zu verweisen.³³⁷ Allerdings könnte unabhängig hiervon schon der Inhalt des verliehenen Rechts diskriminierend im Sinne des Art. 31 EGV sein. Die Errichtung oder Aufrechterhaltung ausschließlicher Einfuhr- und/oder Ausfuhrrechte führt nämlich zwangsläufig dazu, dass die Entscheidung über die Ein- und Ausfuhr der Monopolware allein in der Hand des Monopolisten liegt und somit eine Diskriminierung der Dispositionsfreiheit der Exporteure und Importeure aus anderen Mitgliedstaaten³³⁸ gegenüber inländischen Anbietern im Sinne des Art. 31 EGV nicht rechtlich oder tatsächlich ausgeschlossen werden kann. Ein Einfuhrmonopol behindert nicht nur die Dispositionsfreiheit der Anbieter aus anderen

Band 1, Art. 37, Rd. 37; Epiney, A., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 31 EGV, Rd. 7, 8; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, A. Art. 37, 90 EGV, Rd. 50.

³³⁴ Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 117.

³³⁵ Ausdrücklich EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5775, Rd. 21-23); ebenso die ganz hM in der Literatur, vgl. Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 37, Rd. 33 m.w.N.; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 238, 239 mit umfassenden Rechtsprechungsnachweisen; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, A. Art. 37, 90 EGV, Rd. 63; zweifelhaft ist die Formulierung in der Entscheidung EuGH, Rs. C-189/95 (*Franzén*), Slg. 1997, S. I-5909 (5967, Rd. 39: Art. 31 EGV soll nur „die Hindernisse für den freien Warenverkehr, allerdings mit Ausnahme der durch das Bestehen der betreffenden Monopole bedingten Einschränkungen des Handels, beseitigen“).

³³⁶ So auch Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II., Rd. 27; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 238 ff.; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 37 EGV, Rd. 51 f. m.w.N.; differenziert Epiney, A., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, Art. 31 EGV, Rd. 8 f., die zwar Monopole als grundsätzlich diskriminierend einstuft, aber Sonderfälle unter Hinweis auf die Entscheidung EuGH, Rs. C-189/95 (*Franzén*), Slg. 1997, S. I-5909 (5967, Rd. 39, ff.) zulassen will; aA Matthies/von Borries, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1996, Art. 37 EGV, Rd. 16, die entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut Art. 31 EGV eher ein Beschränkungs- denn Diskriminierungsverbot entnehmen.

³³⁷ Vgl. oben unter V. 1. a).

³³⁸ Das Argument der mit einem Handelsmonopol zwangsläufig verbundenen Inländerdiskriminierung ist dagegen nach dem Normzweck, der systematischen Stellung des Art. 31 EGV bei den Grundfreiheiten und der Rechtsprechung des EuGH (vgl. sogleich unten) grundsätzlich unbeachtlich. Anders, aber ohne Begründung die wohl hL in der Literatur, vgl. Epiney, A., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, Art. 31 EGV, Rd. 8 m.w.N.; Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II., Rd. 26; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 37 EGV, Rd. 38; Die Frage kann allerdings dahingestellt bleiben, da Handelsmonopole jedenfalls auch Angehörige anderer Mitgliedstaaten diskriminieren.

Mitgliedstaaten, sondern auch die Freiheit der Verbraucher des Monopolstaats, sich ungehindert mit Waren aus anderen Mitgliedstaaten zu versorgen. Es beinhaltet damit als solche eine Diskriminierung, die mit Art. 31 Abs. 1 EGV unvereinbar ist.³³⁹ Gleiches muss auch für seine Entsprechung, das Exportmonopol (Ausfuhrmonopol) gelten. Dieser Ansicht folgt nun auch der EuGH in seinen neueren Urteilen³⁴⁰ zu ausschließlichen Einfuhr- und Ausfuhrrechten von Handelsmonopolen in Anlehnung an seine Entscheidung in der Rechtssache *Manghera*³⁴¹, nachdem er lange Zeit zu dieser Frage keine Stellung bezogen hat.³⁴² Dem Monopolanbieter muss durch die Aufhebung aller Ausschließlichkeitsrechte in Bezug auf Ein- und Ausfuhr sowie die Vermarktung der Monopolware die Möglichkeit genommen werden, den Zutritt von Waren aus anderen Mitgliedstaaten zum Markt des Monopolisten zum Nachteil der Exporteure, oder umgekehrt den Zutritt einheimischer Waren zu den Märkten anderer Mitgliedstaaten zum Nachteil der dortigen Importeure zu beeinflussen oder sogar vollständig unmöglich zu machen. Aus Art. 31 EGV folgt daher das Ende sämtlicher staatlicher Import- und Exportmonopole für Handelswaren.

dd) Verteiler-, Vertriebs- und Produktionsmonopole

Auch nationale Verteiler-, Vertriebs- und Produktionsmonopole, sofern diese mangels ausschließlicher Einfuhr- und Ausfuhrrechte überhaupt noch unter den gemeinschaftsrechtlichen Begriff des Handelsmonopols fallen³⁴³, sind mit Art. 31 EGV nur vereinbar, wenn sie keine ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte für bestimmte Waren besitzen und Vertrieb und Vermarktung nationaler und ausländischer Waren weder tatsächlich noch potentiell diskriminierend sind. Insbesondere Vertriebs- oder Vermarktungsmonopole, verstanden als nationale An- und Verkaufsmonopole für einheimische und ausländische Waren, sind regelmäßig in gleicher Weise wie Einfuhrmonopole geeignet, ausländische Erzeugnisse gegenüber inländischen Erzeugnissen zu diskriminieren und sind daher abzuschaffen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Monopolträger gleichzeitig auch alleiniger Hersteller in dem betreffenden Mitgliedstaat ist und somit neben den eigenen auch

³³⁹ Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 37, Rd. 39.

³⁴⁰ EuGH, Rs. C-347/88 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 1990, S. I-4747 (4788 f., Rd. 38 ff.); EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5775, Rd. 21-23); EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5801, Rd. 23 f.); EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5829, Rd. 33 f.).

³⁴¹ EuGH, Rs. 59/75 (*Staatsanwaltschaft/Manghera*), Slg. 1976, S. 91 (100, Rd. 9/13).

³⁴² Offengelassen z.B. in EuGH, Rs. 13/70 (*Cinzano/Hauptzollamt Saarbrücken*), Slg. 1970, S. 1089 (1095, Rd. 6 ff.); EuGH, Rs. 91/75 (*Hauptzollamt Göttingen/Miritz*), Slg. 1976, S. 217 (230 f., Rd. 8 ff.); EuGH, Rs. 86/78 (*Peureux/Service fiscaux de la Haute-Saone et du territoire de Belfort*), Slg. 1979, S. 897 (913 f., Rd. 34 ff.); EuGH, Rs. 119/78 (*Peureux/Service fiscaux de la Haute-Saone et du territoire de Belfort*), Slg. 1979, S. 975 (986 f., 29 ff.); EuGH, Rs. 91/78 (*Hansen/Hauptzollamt Flensburg*), Slg. 1979, S. 935 (952 f., Rd. 8 ff.); EuGH, Rs. 90/82 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1983, S. 2011 (2031, Rd. 27 f.); EuGH, verb. Rs. C-78/90 bis C-83/90 (*Compagnie Commerciale de l'Ouest u.a.*), Slg. 1992, S. I-1847 (1883 f., Rd. 36 f.); EuGH, Rs. C-387/93 (*Banchero*), Slg. 1995, S. I-4663 (4693 f., Rd. 29 ff.); zu dieser Rechtsprechung Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht*, 1996, Band 2, H. II., Rd. 24 m.w.N.

³⁴³ Dagegen Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht*, 1996, Band 2, H. II., Rd. 14 und 34, der bemerkt, dass die rechtliche Behandlung von Vertriebs- und Produktionsmonopolen im Binnenmarkt ungeklärt ist; anderer Ansicht dagegen EuGH, Rs. C-189/95 (*Franzen*), Slg. 1997, S. I-5909 (5967, Rd. 37 ff.), der das schwedische Einzelhandelsverteilermonopol für Alkohol („Systembolag“), dem keine ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte verliehen worden sind, trotzdem als Handelsmonopol iSd Art. 31 EGV qualifiziert.

die Waren seiner Konkurrenten vertreibt. Interessenskonflikte scheinen hier unvermeidbar. Nationale Produktionsmonopole und reine Verteilerm monopolen, deren Betrieb zu einheitlichen, objektiven und nichtdiskriminierenden Bedingungen erfolgt, sind dagegen regelmäßig nach Art. 31 EGV unbedenklich, da solchen Monopolen jeder Einfluß auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr genommen ist.³⁴⁴

ff) Rechtfertigung

In seinen Urteilen 1997 zu den Elektrizitäts-, Gasimport- und Exportmonopolen hat der EuGH darüber hinaus in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in der Literatur³⁴⁵ klargestellt, dass eine Rechtfertigung von Verstößen gegen Art. 31 EGV aus Art. 30 EGV aus systematischen Gründen ausscheidet und nur im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV möglich ist.³⁴⁶ Alle sonstigen staatlichen Maßnahmen in Bezug auf staatliche Handelsmonopole, die nicht spezifisch die Ausschließlichkeitsstellung des Handelsmonopols regeln, aber Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel haben oder haben könnten, sind dagegen allein anhand der Art. 28 bis 30 EGV zu messen.³⁴⁷

c) Verbot mengenmäßiger Beschränkungen (Art. 28 EGV)

aa) Normzweck und Norminhalt

Art. 28 EGV verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten. Nach Art. 29 EGV gilt dasselbe Verbot für Ausfuhrbeschränkungen. Unter einer mengenmäßigen Beschränkung sind alle Maßnahmen zu verstehen, die die Einfuhr einer Ware der Menge oder dem Wert nach begrenzen oder völlig ausschließen.³⁴⁸ Unter den Begriff „Maßnahmen gleicher Wirkung“ subsumiert der EuGH nach seiner *Dassonville*-Formel jede staatliche Handelsregelung, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.“³⁴⁹ Art. 28 EGV konkretisiert damit ein umfassendes Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot.³⁵⁰

³⁴⁴ So auch Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 37, Rd. 51 f., der die Grundregel aufstellt, dass reine Verteiler- und Produktionsmonopole regelmäßig dann nichtdiskriminierend iSv Art. 31 EGV sind, wenn durch sie Produzenten und Lieferanten von Waren aus anderen Mitgliedstaaten in ihrer kaufmännischen Tätigkeit nicht mehr als Inländer beeinträchtigt werden. So auch der Gerichtshof in EuGH, Rs. C-189/95 (*Franzén*), Slg. 1997, S. I-5909 (5967, Rd. 66); aA dagegen GA Elmer, Schlußanträge zu EuGH, Rs. C-189/95 (*Franzén*), Slg. 1997, S. I-5909 (5942, Rd. 93); sehr kritisch zu dieser Entscheidung auch Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FIW 1999, S. 71 (74).

³⁴⁵ Vgl. nur Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 36 EGV, Rd. 11 m.w.N.

³⁴⁶ EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5776, Rd. 25 ff.); EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5804, Rd. 33 ff.); EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5831, Rd. 41 ff.).

³⁴⁷ Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 30 EGV, Rd. 329.

³⁴⁸ EuGH, Rs. 2/73 (*Geddo/Ente Nazionale Risi*), Slg. 1973, S. 865 (879, Rd. 7); hierzu Epiney, A., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 28 EGV, Rd. 6.

³⁴⁹ EuGH, Rs. 8/74 (*Dassonville*), Slg. 1974, S. 837 (852, Rd. 5).

³⁵⁰ Epiney, A., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 28 EGV, Rd. 15.

Da durch eine konsequente Anwendung der *Dassonville*-Formel der Tatbestand des Art. 28 EGV sehr weit ausgedehnt wurde, hat der EuGH durch die Entwicklung der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung die Verbotswirkung des Art. 28 EGV tatbestandlich eingegrenzt: Auf innerstaatlichen Rechtsvorschriften beruhende Handelshemmnisse für den innergemeinschaftlichen Warenverkehr sind dann hinzunehmen, wenn sie „notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“ und mit denen ein „im allgemeinen Interesse liegendes Ziel, dass den Erfordernissen des freien Warenverkehrs, der eine der Grundlagen der Gemeinschaft darstellt“, verfolgt wird.³⁵¹ Der Gerichtshof geht davon aus, dass die zwingenden Erfordernisse ausschließlich auf nichtdiskriminierende Maßnahmen Anwendung finden können³⁵², so dass etwa verteilungspolitische Gesichtspunkte diskriminierende Maßnahmen von vornherein nicht rechtfertigen können. Schließlich muss auch bei der Heranziehung der zwingenden Erfordernisse im Sinne der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben, was im einzelnen bedeutet, dass die in Frage stehende den freien Warenverkehr beschränkende Maßnahme sowohl geeignet und erforderlich sein muss, um dem jeweiligen öffentlichen Interesse des Allgemeinwohls zu entsprechen, als auch im engeren Sinne verhältnismäßig.³⁵³

Eine weitere Einschränkung des Tatbestandes des Art. 28 EGV hat der EuGH in seiner *Keck*-Entscheidung vorgenommen, in der er feststellte, dass „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ nicht in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fallen, sofern sie nichtdiskriminierend ausgestaltet sind und den Absatz inländischer und aus anderen Mitgliedstaaten eingeführter Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.³⁵⁴ Nicht zu den Verkaufsbestimmungen gehören Bestimmungen, die eine Regelung des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten bezwecken oder die sich auf Vorschriften beziehen, denen die fraglichen Waren entsprechen müssen.³⁵⁵

³⁵¹ EuGH, Rs. 120/78 (*REWE/Bundesmonopolverwaltung für Brandweine*), Slg. 1979, S. 649 (662, Rd. 8, 14); vgl. zur Konkretisierung dieses Grundsatzes auch EuGH, Rs. 788/79 (*Gilli & Andres*), Slg. 1980, S. 2071 (2077, Rd. 3 ff.); EuGH, Rs. 193/80 (*Kommission/Italien*), Slg. 1981, S. 3019 (3033, Rd. 17 ff.); EuGH, Rs. 261/81 (*Rau/De Smedt*), Slg. 1982, S. 3961 (3972, Rd. 10 ff.); EuGH, Rs. 178/84 (*Kommission/Deutschland*), Slg. 1987, S. 1227 (1270, Rd. 28); EuGH, Rs. 407/85 (*Drei Glocken/USL Centro Sud*), Slg. 1988, S. 4233 (4280, Rd. 15 ff.); EuGH, Rs. C-39/90 (*Denkavit*), Slg. 1991, S. I-3069 (3106, Rd. 16 ff.); EuGH, Rs. C-62/90 (*Kommission/Deutschland*), Slg. 1992, S. I-2575 (2605, Rd. 10 ff.); ausführlich hierzu Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 30 EGV, Rd. 203-230.

³⁵² EuGH, Rs. 113/80 (*Kommission/Irland*), Slg. 1981, S. 1625 (1639, Rd. 11); EuGH, Rs. 59/82 (*Schutzverband gegen Unwesen i.d. Wirtschaft/Weinvertriebs GmbH*), Slg. 1983, S. 1217 (1227, Rd. 11).

³⁵³ Vgl. hierzu z.B. EuGH, Rs. 153/78 (*Kommission/Deutschland*), Slg. 1979, S. 2555 (2567, Rd. 15); EuGH, Rs. 302/86 (*Kommission/Dänemark*), Slg. 1988, S. 4607 (4630, Rd. 11 ff.); Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 30 EGV, Rd. 231.

³⁵⁴ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (*Keck und Mithouard*), Slg. 1993, S. I-6097 (6131, Rd. 15).

³⁵⁵ EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5803, Rd. 31); Insgesamt scheint der EuGH Regelungen, die sich nicht auf Merkmale von Erzeugnissen selbst beziehen, aus dem Tatbestand des Art. 28 EGV ausnehmen zu wollen (ausdrücklich EuGH, Rs. C-387/93 (*Banchemo*), Slg. 1995, S. I-4663 (4695, Rd. 36)). Entscheidend ist damit die Produktbezogenheit einer Regelung. Ausführlich zur *Keck*-Rechtsprechung des EuGH Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 30 EGV, Rd. 239 ff.; umfassende Literaturhinweise bei Schwintowski, H.-P., *Freier Warenverkehr im*

bb) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten

(1) Staatliche Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen

Staatliche Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen, die nicht unter Art. 86 Abs. 1 EGV fallen, verstoßen als hoheitliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten regelmäßig, sofern sie nicht als Verkaufsmodalitäten im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung des EuGH zu qualifizieren sind, gegen Art. 28 EGV, wenn sie geeignet sind, den grenzüberschreitenden innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern und können bei Verstoß nur bei Vorliegen eines geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestandes gerechtfertigt werden. Wie zuvor bereits oben unter IV.3. festgestellt wurde, muss nach Art. 86 Abs. 1 EGV gleiches auch für staatliche Maßnahmen in Bezug auf öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, die mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestattet sind, gelten, da es gerade der Normzweck des Art. 86 Abs. 1 EGV ist, eine gemeinschaftsrechtliche Privilegierung mitgliedstaatlich privilegierter Unternehmen zu verhindern.

(2) Monopol- und Oligopolrechte

(a) Sacchi

Wie zuvor bereits ausgeführt wurde³⁵⁶, ist dagegen fraglich, ob auch die Verleihung und Aufrechterhaltung von ausschließlichen und besonderen Rechten anhand der Art. 28 ff. zu überprüfen ist, oder ob hinsichtlich des Bestehens dieser Rechte aus dem Wortlaut des Art. 86 Abs. 1 EGV eine gemeinschaftsrechtliche Bestandsgarantie abzuleiten ist. Die Vereinbarkeit staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen in Form der Verleihung und Aufrechterhaltung ausschließlicher und besonderer Rechte mit den Grundfreiheiten stand erstmals in der Rechtssache *Sacchi*³⁵⁷ im Jahre 1974 im Zentrum einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs. Der EuGH stellte hierzu fest, dass der EG-Vertrag die Mitgliedstaaten in keiner Weise daran hindere „aus Gründen nichtwirtschaftlicher Art, die im öffentlichen Interesse liegen, Fernsehsendungen, einschließlich Kabelsendungen, dem Wettbewerb zu entziehen, indem sie einer oder mehreren Anstalten das ausschließliche Recht zu deren Verbreitung verleihen.“³⁵⁸ Nach der *Sacchi*-Rechtsprechung des EuGH war die Verleihung ausschließlicher oder besonderer Rechte an Unternehmen gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV als solche prinzipiell mit den Binnenmarktregeln vereinbar. Die staatliche Marktzutrittsbeschränkung durch Verleihung ausschließlicher oder besonderer Rechte durfte nur nicht dazu benutzt werden, innerhalb der Gemeinschaft bestimmte Handelsströme oder Wirtschaftsunternehmen gegenüber anderen in der Art zu fördern, dass sich eine Diskriminierung eingeführter Produkte zugunsten der inländischen Erzeugnisse ergab.

Europäischen Binnenmarkt – Eine Fundamentalkritik an der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 EGV, RabelsZ 2000, S. 28 ff., in FN 2.

³⁵⁶ Vgl. oben IV.4.

³⁵⁷ EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 ff.; zwar bezieht sich die Entscheidung nicht auf Waren, sondern auf Dienstleistungen iSv Art. 49 EGV. Die Aussagen des Urteils bezüglich der Normwirkung des Art. 86 Abs. 1 EGV lassen sich aber gegenüber allen Binnenmarktregeln, also auch der Warenverkehrsfreiheit, verallgemeinern.

³⁵⁸ EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 (430, Rd. 14).

Da staatliches Eingreifen in den Marktprozess regelmäßig mit Gemeinwohlüberlegungen begründet wird³⁵⁹ und an die im öffentlichen Interesse liegenden Gründe nichtwirtschaftlicher Art vom Gerichtshof nur geringe Anforderungen gestellt wurden, waren staatliche Wettbewerbsbeschränkungen in Form der Verleihung ausschließlicher oder besonderer Rechte gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV durch die *Sacchi*-Formel praktisch bis Anfang der neunziger Jahre in weitem Umfang durch die Rechtsprechung des EuGH gemeinschaftsrechtlich legitimiert, sofern die privilegierten Unternehmen ihre Tätigkeit nur nichtdiskriminierend ausübten.³⁶⁰

(b) Telekommunikations-Endgeräte

Während der EuGH in der Folgezeit bis 1991 nur selten Gelegenheit hatte, die Verleihung und Aufrechterhaltung besonderer oder ausschließlicher Rechte im Sinne von Art. 86 Abs. 1 mit den Grundfreiheiten zu beurteilen³⁶¹, stellt sein Urteil zum Endgerätemonopol im Telekommunikationsbereich vom 19.03.1991³⁶² eine Kehrtwende und einen Paradigmenwechsel hinsichtlich der Vereinbarkeit staatlicher Monopole und Oligopole mit den Grundfreiheiten dar. Gegenstand der Entscheidung war die von der Europäischen Kommission aufgrund Art. 86 Abs. 3 EGV erlassene Richtlinie 88/301/EWG vom 16.05.1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte³⁶³, in der die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft verpflichtet wurden, besondere und ausschließliche Rechte aufzuheben, die sie ihren Unternehmen für die Einfuhr, den Vertrieb, die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung von Telekommunikations-Endgeräten eingeräumt hatten. In seiner Entscheidung bestätigte der EuGH die Gültigkeit der Richtlinie und betonte die auf Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 28 EGV gestützte Pflicht der Mitgliedstaaten zur Aufhebung aller ausschließlichen und besonderen Rechte, da nach der *Dassonville*-Formel „das Bestehen von ausschließlichen Einfuhr- und Vertriebsrechten den Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit nimmt, die Verbraucher zum Kauf ihrer Erzeugnisse zu veranlassen.“³⁶⁴ Während eine mögliche Rechtfertigung der ausschließlichen und besonderen Rechte nach Art. 86 Abs. 2 EGV schon tatbestandlich nicht in Frage kam, ging der EuGH auch nicht auf die Möglichkeit einer Rechtfertigung nach Art. 30 EGV oder den Gesichtspunkt zwingender Erfordernisse nach der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung ein.

³⁵⁹ Staatliche Regulierung wird regelmäßig mit der Gewährleistung der Zielfunktionen des Wettbewerbs zugunsten aller Marktteilnehmer oder mit politischen Zielen begründet, vgl. hierzu ausführlich oben Teil I, I.

³⁶⁰ Ebenso Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 195 m.w.N.

³⁶¹ Vgl. nur EuGH, Rs. 172/82 (*Fabricants raffineurs d'huile de graissage/Inter Huiles*), Slg. 1983, S. 555 (567, Rd. 16: Ausschließliches Recht zur Beseitigung und Sammlung von Altölen gekoppelt mit Verbot, diese Öle an Entsorgungsunternehmen anderer Mitgliedstaaten auszuführen verstößt gegen Art. 86 Abs. 1 EGV iVm Art. 28 EGV) und EuGH, Rs. 72/83 (*Campus Oil Ltd./Minister für Industrie und Energie*), Slg. 1984, S. 2727 ff.: Verstoß gegen Art. 28 EGV durch nationale Regelung, die alle Erdölimporteure verpflichtet, einen bestimmten Prozentsatz ihres Bedarfs an Erdölzeugnissen bei einer im nationalen Hoheitsgebiet gelegenen Raffinerie zu Preisen zu decken, die vom zuständigen Minister festgesetzt werden, ist durch Art. 30 EGV gerechtfertigt; beide Urteile stellen hinsichtlich der *Sacchi*-Formel des EuGH noch keine grundlegende Neubewertung dar.

³⁶² EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 (1270, Rd. 48 ff.).

³⁶³ ABl. EG 1988 Nr. L 131/73 ff.

³⁶⁴ EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 (1267f., Rd. 33f.).

(c) Bewertung

Die Wichtigkeit dieser Entscheidung liegt neben seiner verfahrensrechtlichen Bedeutung, die an dieser Stelle dahingestellt bleiben kann³⁶⁵, vor allem darin, dass der Gerichtshof den Spielraum mitgliedstaatlicher Marktzugangsbeschränkung neben Art. 31 EGV erstmals erheblich eingeschränkt hat. Nach dem EuGH geht zwar Art. 86 Abs. 1 EGV von der Existenz staatliche privilegierter Unternehmen aus; allerdings sind „damit jedoch nicht alle besonderen und ausschließlichen Rechte notwendigerweise mit dem Vertrag vereinbar [...] Dies hängt vielmehr von der einzelnen Vorschrift ab, auf die Art. [86] Abs. 1 verweist.“³⁶⁶ Damit wird klar, dass sich aus Art. 86 Abs. 1 EGV auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 31 EGV (Handelsmonopole) keine Bestandsgarantie für die Verleihung ausschließlicher und besonderer Rechte ableiten lässt.

Seit der *Telekommunikations-Endgeräte*-Entscheidung des EuGH verstößt jede Form staatlicher Wettbewerbsbeschränkung, sofern sie nicht als Verkaufsmodalität im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung des EuGH zu qualifizieren ist, gegen Art. 28 EGV, wenn sie geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern und nur bei Vorliegen eines geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestandes gerechtfertigt werden kann.³⁶⁷ Eine Rechtmäßigkeitsvermutung zugunsten ausschließlicher und besonderer Rechte im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV, wie sie noch vom EuGH in der *Sacchi*-Entscheidung³⁶⁸ und von Generalanwalt *Tesauro* in seinen Schlußanträgen zur *Telekommunikations-Endgeräte*-Entscheidung formuliert wurde³⁶⁹, wird vom EuGH seither in ständiger Rechtsprechung³⁷⁰ abgelehnt.

(d) Warenmonopole und Keck

Ausgehend von dieser grundlegenden Erkenntnis müssen daher auch nationale Warenmonopole (zum Beispiel Produktions-, Vermarktungs- oder Verteilermonopole), sofern sie nicht schon als unzulässige Handelsmonopole im Sinne von Art. 31 EGV zu qualifizieren sind, im Einzelfall hinsichtlich der ihnen verliehenen besonderen oder ausschließlichen Rechte sowie der Ausübung dieser Rechte auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 28 EGV untersucht werden. Problematisch kann in dieser Hinsicht die Frage sein, ob die den nationalen Warenmonopolen verliehenen ausschließlichen oder besonderen Rechte, insbesondere derjenigen im Bereich der Distribution von Waren, im Einzelfall als Verkaufsmodalitäten im

³⁶⁵ Hierzu Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 93.

³⁶⁶ EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 (1265, Rd. 22); bestätigt durch EuGH, Rs. C-353/89 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1991, S. I-4069 (4098, Rd. 34).

³⁶⁷ So auch Schwintowski, P., *Staatlich veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten*, RabelsZ 1994, S. 232 (272); Dohms, R., in: Wiedemann, G., *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 65; aA und im Widerspruch zur Telekommunikations-Endgeräte-Entscheidung des EuGH Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 82 EGV, Rd. 46.

³⁶⁸ EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 (430, Rd. 14).

³⁶⁹ GA *Tesauro*, in EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 (1248f., Tz. 29); ebenso Hailbronner, K., *Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt – Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht*, NJW 1991, S. 593 (599, 601).

³⁷⁰ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convenzionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5929, Rd. 21); Dohms, R., in: Wiedemann, G., *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 61.

Sinne der *Keck*-Rechtsprechung zu qualifizieren sind. Eine kategorische Antwort ist der Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage nicht zu entnehmen.³⁷¹ Während der Gerichtshof 1995 das italienische Einzelhandelsverteilermonopol für Tabakwaren³⁷² und die griechische Vertriebskonzentration von bestimmten Milchprodukten auf Apotheken³⁷³ als bestimmte Verkaufsmodalitäten im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung qualifiziert hat, hat er die Rechtmäßigkeit von Warendistributionsmonopolen in seinen Entscheidungen *Centre d'insémination de la Crespelle*³⁷⁴ (1994) und *Franzén*³⁷⁵ (1997) anhand der Art. 28 ff. EGV überprüft, ohne seine *Keck*-Rechtsprechung überhaupt zu erwähnen.³⁷⁶ Diese Urteile des EuGH legen nahe, dass die *Keck*-Rechtsprechung nicht zu einem weitgehenden Rückzug der gemeinschaftsrechtlichen Beschränkungskontrolle der Warenverkehrsfreiheit, nämlich für den gesamten Bereich der sog. Verkaufsmodalitäten, führt. Es ist nicht ersichtlich, dass *Keck* die dynamische Entwicklung der Warenverkehrsfreiheit in Richtung einer umfassenden Beschränkungskontrolle, des Gleichklangs von Export- und Importfreiheit und eines schrittweisen Abbaus der Inländerdiskriminierung aufhalten kann.

cc) Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 28 EGV

Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 (und 29 EGV) können nach den in Art. 30 EGV abschließend aufgezählten Gründen nichtwirtschaftlicher Art gerechtfertigt werden, wobei diese Vorschrift als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen ist.³⁷⁷ Aus wirtschaftlichen Gründen kann eine gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoßende unternehmensbezogene staatliche Wettbewerbsbeschränkung nur nach Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt werden.³⁷⁸

d) Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV)

aa) Normzweck und Norminhalt

Art. 49 EGV bestimmt, dass Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verboten sind. Gemäß Art. 55 EGV in Verbindung mit Art. 48 EGV stehen juristische Personen Angehörigen gleich. Unter Dienstleistungen sind nach Art. 50 EGV Leistungen zu verstehen, die in der Regel

³⁷¹ Zustimmend, wenn auch in anderem Zusammenhang, von Wilmowsky, P., *Ausnahmebereiche gegenüber den Grundfreiheiten?*, EuR 1994, S. 362 (374). Die Ansicht von Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 35, der alle Dienstleistungsmonopole für gemeinschaftswidrig erklärt und für gleiches auch für alle Warenmonopole fordert, widerspricht der gegenwärtigen Rechtsprechung des EuGH.

³⁷² EuGH, Rs. C-387/93 (*Banchero*), Slg. 1995, S. I-4663 (4694, Rd. 35 ff.).

³⁷³ EuGH, Rs. C-391/92 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 1995, S. I-1621 (1647, Rd. 14).

³⁷⁴ EuGH, Rs. C-323/93 (*Centre d'insémination de la Crespelle*), Slg. 1994, S. I-5077 (5106, Rd. 28 f.).

³⁷⁵ EuGH, Rs. C-189/95 (*Franzén*), Slg. 1997, S. I-5909 (5965 ff., Rd. 32 ff.).

³⁷⁶ Sehr kritisch gegenüber der *Keck*-Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf Vertriebsregelungen insbesondere Schwintowski, H.-P., *Freier Warenverkehr im Europäischen Binnenmarkt – Eine Fundamentalkritik an der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 EGV*, RabelsZ 2000, S. 28 (43 ff.).

³⁷⁷ Hierzu ausführlich Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlmann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 36 EGV, Rd. 33-36 und 22 ff., 47 ff., 92 ff., 160 ff.

³⁷⁸ Hierzu ausführlich in Teil 3.

gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Der Dienstleistungsbegriff der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49-55 EGV ist dabei im systematischen Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43-48 EGV zu betrachten. Beide Grundfreiheiten haben das Ziel, eine freie Standortwahl für selbständig Erwerbstätige innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu gewährleisten, um auf diese Weise die beste Ausnutzung wirtschaftlicher Ressourcen und Verhältnisse zu ermöglichen.³⁷⁹ Dienst- und Niederlassungsfreiheit dienen daher der von Art. 2 EGV angestrebten Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und damit der von der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) vom 28. Februar 1986³⁸⁰ präzisierend aufgegebenen Verwirklichung des Binnenmarktes³⁸¹, der nach Art. 14 EGV einen Raum ohne Binnengrenzen umfaßt, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des EG-Vertrages gewährleistet ist. Die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 50 EGV dient damit der europäischen Integration, indem sie die möglichst ungehinderte grenzüberschreitende³⁸² Wahrnehmung der Privatautonomie im Bereich der Dienstleistungserbringung und Dienstleistungsentgegennahme³⁸³ ermöglicht. Aus dieser Zielsetzung erklärt sich der funktionale Dienstleistungsbegriff in Art. 50 EGV und seine Definition. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung bisher kein eigenes „vollständig positives“³⁸⁴ Konzept des Dienstleistungsbegriffs entwickelt, sondern nur die Grenzüberschreitung³⁸⁵ und die Entgeltlichkeit³⁸⁶ als unverzichtbare Begriffsmerkmale der Dienstleistung im Sinne des Art. 50 EGV herausgearbeitet. Er betrachtet Dienstleistungen nicht als einen Wirtschaftssektor im volkswirtschaftlichen Sinne³⁸⁷, sondern versteht den Dienstleistungsbegriff in Art. 50 EGV funktional zur Kennzeichnung eines Bereichs, in welchem unternehmerische Leistungen, die keine Waren sind³⁸⁸, die Grenzen überschreiten, ohne dass das leistende Unternehmen seinen Produktionsstandort verlegt.³⁸⁹

³⁷⁹ So Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, S. 667, Rd. 1584.

³⁸⁰ Bulletin-EG, Beilage Nr. 2/1986.

³⁸¹ Vgl. hierzu Müller-Graff, P.-C., *Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes*, EuR 1989, S. 107 (122 m.w.N.); ders., *Binnenmarktziel und Rechtsordnung - Binnenmarktrecht*, 1989, S. 8 ff.

³⁸² Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gelten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht für Sachverhalte, die sich ausschließlich innerhalb eines Mitgliedstaates abspielen, vgl. EuGH, Rs. 204/87 (*Strafverfahren gegen Bekaert*), Slg. 1988, S. 2029 (2039, Rd. 10, 12); Siehe hierzu auch Müller-Graff, P.-C., *Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen*, in: von Leßmann/Großfeld/Vollmer (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Lukes*, 1989, S. 471-493; Goerlich, H., *Das Dienstleistungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, DVBl. 1986, S. 1192 ff.

³⁸³ EuGH, Rs. 286/82 und 26/83 (*Luisi und Carbone/Ministero del tesoro*), Slg. 1984, S. 377 (403, Rd. 16); umfassend Völker, S., *Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1990, S. 67 ff.

³⁸⁴ Kluth, W., in: Calliess/Ruffert, (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 50 EGV, Rd. 7.

³⁸⁵ Siehe hierzu EuGH, Rs. 52/79 (*Debaue*), Slg. 1980, S. 833 (855, Rd. 9); EuGH, Rs. 198/89 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 1991, S. I-727 (738, Rd. 9); EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979, (2020, Rd. 37-39); EuGH, Rs. C-384/93 (*Alpine Investments*), Slg. 1995, S. I-1141 (1174, Rd. 21); EuGH, Rs. C-134/95 (*USSL N°47 di Biella*), Slg. 1997, S. I-195 (210, Rd. 19 m.w.N.).

³⁸⁶ Siehe zu diesem Wesensmerkmal EuGH, Rs. 36/74 (*Walrave/Union Cycliste Internationale*), Slg. 1974, S. 1405 (1418, Rd. 4/10); EuGH, Rs. 196/87 (*Steymann/Staatssecretari van Justitie*), Slg. 1988, S. 6159 (6172, Rd. 9); EuGH, Rs. 263/86 (*Belgischer Staat/Humbel*), Slg. 1988, S. 5365 (5387, Rd. 15).

³⁸⁷ Vgl. hierzu auch Roth, W.-H., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht*, 1993, Band 1, E.I., Rd. 96 ff.

³⁸⁸ Zur Abgrenzung zum Warenbegriff vgl. Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlmann, (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 30, Rd. 273 ff.

³⁸⁹ Vgl. Troberg, P., in: Groeben/Thiesing/Ehlmann, (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Vorb. Art. 59 bis 66 EGV, Rd. 9 ff.

Gemäß Art. 50 Abs. 3 EGV gilt für die Erbringung von Dienstleistungen der Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Dieser verbietet staatliche Maßnahmen, die sich direkt (formell)³⁹⁰ oder indirekt (materiell)³⁹¹ diskriminierend auf den freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der Gemeinschaft auf Angehörige oder Gesellschaften der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, auswirken. Ausgehend von Art. 49 Abs. 1 EGV, der die Beseitigung sonstiger Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs verlangt, hat der EuGH bereits in seiner ersten Entscheidung zur Dienstleistungsfreiheit diese über das Diskriminierungsverbot hinaus als allgemeines Beschränkungsverbot verstanden.³⁹² Entgegen vereinzelter Kritik aus der Literatur³⁹³ geht der EuGH von einem weit gefaßten Beschränkungsverbot aus und zählt hierzu nicht nur den völligen Ausschluß oder die Behinderung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen, sondern auch Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die dazu führen, dass die Erbringung der grenzüberschreitenden Dienstleistung weniger attraktiv gemacht wird.³⁹⁴ In Anlehnung an die *Dassonville*-Formel bei der Warenverkehrsfreiheit reicht nach der Rechtsprechung des EuGH³⁹⁵ heute hierzu schon die bloße Eignung zur Behinderung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs aus.

³⁹⁰ St. Rspr. vgl. z.B. EuGH, Rs. 90/76 (*Van Ameyde/UCI*), Slg. 1977, S. 1091 (1128, Rd. 29, 30); EuGH, Rs. C-3/95 (*Reisebüro Broede*), Slg. 1996, S. I-6511 (6537, Rd. 25: „jede Diskriminierung“).

³⁹¹ Vgl. EuGH, verb. Rs. 62/81 und 63/81 (*Seco/EVI*), Slg. 1982, S. 223 (235, Rd. 8); EuGH, Rs. 352/85 (*Bond van Adverteerders/Niederländischer Staat*), Slg. 1988, S. 2085 (2132, Rd. 22 ff.); Kluth, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 50 EGV, Rd. 37 m.w.N.;

³⁹² St. Rspr. seit EuGH, Rs. 33/74 (*Van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid*), Slg. 1974, S. 1299 (1309, Rd. 10/12); vgl. aus neuerer Zeit EuGH, Rs. C-288/89 (*Collective Antennevoorziening Gouda*) Slg. 1991, S. I-4007 (4040f., Rd. 12 ff.); EuGH, Rs. C-353/89 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1991, S. I-4069 (4094, Rd. 16 ff.); EuGH, Rs. C-76/90 (*Åger*), Slg. 1991, S. I-4221 (4243, Rd. 12, 13); bestätigt durch EuGH, Rs. C-398/95 (*SETTG*), Slg. 1997, S. I-3091 (3119, Rd. 16); EuGH, Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries France*), Slg. 1998, S. I-3949 (4000, Rd. 56).

³⁹³ Gegen die Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot z.B. Jarass, H., *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, EuR 1995, S. 202 (216 ff.); gegen ein allgemein formuliertes Beschränkungsverbot Weber, C., *Die Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 59 ff. EG-Vertrag – einheitliche Schranken für alle Formen der Dienstleistung?*, EWS 1995, S. 292 (295); Classen, C., *Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?*, EWS 1995, S. 97 (101f.).

³⁹⁴ EuGH, Rs. C-3/95 (*Reisebüro Broede*), Slg. 1996, S. I-6511 (6537, Rd. 27); hierzu instruktiv Kluth, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 50 EGV, Rd. 40 ff.

³⁹⁵ Anders noch EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979, (2020, Rd. 39), in der EuGH noch eine tatsächliche Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs forderte. Ausdrücklich dann aber EuGH, Rs. C-76/90 (*Åger*), Slg. 1991, S. I-4221 (4243, Rd. 12), in der der Gerichtshof formuliert: „Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Art. [49] EG-Vertrag nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten – verlangt, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern.“

bb) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten

(1) Staatliche Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen

Staatliche Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen außerhalb von Art. 86 Abs. 1 EGV verstoßen als hoheitliche Maßnahme regelmäßig gegen Art. 49 EGV, sofern sie zu Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit führen oder geeignet sind, die grenzüberschreitende Tätigkeit des Dienstleistenden, der entweder im selben Mitgliedstaat³⁹⁶ oder in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßige Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern, und sind nur bei Vorliegen eines geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestandes mit dem EG-Vertrag vereinbar. Nach Art. 86 Abs. 1 EGV muss gleiches auch für staatliche Maßnahmen in Bezug auf öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, die mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestattet sind, gelten. So wertete die Kommission der Europäischen Gemeinschaften 1990 als Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 49 EGV die interne Anweisung an bestimmte Gruppen von Staatsbediensteten in Deutschland und Belgien, bei ihren Dienstreisen ausschließlich Flugzeuge der mehrheitlich in deutschem bzw. belgischem Staatsbesitz befindlichen Fluggesellschaften Lufthansa bzw. Sabena, oder, wenn dies nicht möglich war, Flugzeuge von mit Lufthansa bzw. Sabena kooperierenden Gesellschaften zu benutzen.³⁹⁷

(2) Monopol- und Oligopolrechte

(a) Grundsätze

Hinsichtlich der Grenzen mitgliedstaatlich verliehener ausschließlicher und besonderer Rechte iSv Art. 86 Abs. 1 EGV im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EGV ist die Haltung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsprechung des EuGH durch eine strukturgleiche Entwicklung wie bei der Warenverkehrsfreiheit gekennzeichnet. Bis Anfang der neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts wurden ausschließliche und besondere Rechte im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV von Kommission und EuGH im Lichte der *Sacchi*-Entscheidung praktisch nicht an Art. 49 EGV gemessen³⁹⁸, sofern die durch sie privilegierten Unternehmen ihre Tätigkeit nur nichtdiskriminierend ausübten. Seit 1990 haben Kommission und Gerichtshof jedoch wiederholt klargemacht, dass aus der Erwähnung von ausschließlichen und besonderen Rechten in Art. 86 Abs. 1 EGV nicht folgt, dass diese Rechte notwendigerweise mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sind.³⁹⁹

³⁹⁶ EuGH, Rs. C-384/93 (*Alpine Investments*), Slg. 1995, S. I-1141 (1176, Rd. 30).

³⁹⁷ Vgl. Europäische Kommission, 20. Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1990, 1991, Tz. 357; dieselbe, 21. Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1991, 1992, Tz. 333.

³⁹⁸ Zu den Hintergründen im einzelnen Emmerich, V., in: Dausen, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 38; Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Regulierung im EG-Vertrag*, 1996, S. 122.

³⁹⁹ Die auf die *Sacchi*-Entscheidung des EuGH fußende Ansicht von Kluth, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 50, Rd. 71, dass der EGV die Mitgliedstaaten in keiner Weise daran hindere, Dienstleistungen aus Gründen des öffentlichen Interesse dem Wettbewerb zu entziehen, ist daher überholt und abzulehnen.

Der EuGH nahm zur Frage der Vereinbarkeit staatlich verliehener Monopol- und Oligopolrechte mit Art. 49 EGV zum ersten Mal in der Entscheidung *ERT*⁴⁰⁰ zum griechischen Fernsehmonopol vom 18.06.1991 Stellung, in der er ausführte, „dass Art. [49 EGV] einer nationalen Regelung, die ein Monopol von ausschließlichen Rechten zur Ausstrahlung von eigenen Sendungen und zur Übertragung von Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten schafft, entgegensteht, wenn sich dieses Monopol auf Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten diskriminierend auswirkt und die Regelung nicht durch einen der Gründe gerechtfertigt ist, die in Art. [46] angegeben sind, auf die Art. [55 EGV] verweist.“⁴⁰¹ Da eine Rechtfertigung nicht in Betracht kam, verstieß das griechische Fernsehmonopol gegen Art. 49 EGV und war daher abzuschaffen. Kurze Zeit später entschied der EuGH am 25. Juli 1991 in der Rechtssache *Mediawet II* in deutlicher Anlehnung an seine Argumentation in der *Telekommunikations-Endgeräte*-Entscheidung zur Warenverkehrsfreiheit, dass eine gesetzliche Regelung in den Niederlanden, die alle in diesem Mitgliedstaat niedergelassenen Rundfunksender verpflichtet, sich bei der Herstellung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen ganz oder zum Teil der technischen Mittel eines bestimmten niederländischen Unternehmens zu bedienen, direkt gegen Art. 49 EGV verstößt.⁴⁰² Auf gleicher Linie liegt auch die Entscheidung des Gerichtshofs vom 17.11.1992 in der Rechtssache *Telekommunikationsdienstleistungen*⁴⁰³, in der er im Hinblick auf Art. 49 EGV und Art. 82 EGV die Rechtmäßigkeit der EG-Richtlinie 90/388/EWG⁴⁰⁴ der Kommission vom 28.06.1990 bestätigte, die die Mitgliedstaaten unter anderem zur Beseitigung der besonderen und ausschließlichen Rechte bei der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen mit Ausnahme des Sprachtelefondienstes verpflichtet.⁴⁰⁵

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass auch staatliche Monopol- und Oligopolrechte, sofern sie zu Diskriminierungen eines Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit führen oder geeignet sind, die grenzüberschreitende Tätigkeit eines Dienstleistenden, der entweder im selben Mitgliedstaat oder in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßige Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern, gegen Art. 49 EGV verstoßen und nur bei Vorliegen eines geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestandes mit dem EG-Vertrag vereinbar sind.⁴⁰⁶

⁴⁰⁰ EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925 ff.

⁴⁰¹ EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925, (2960, Rd. 26).

⁴⁰² EuGH, Rs. C-353/89 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1991, S. I-4069 (4095, Rd. 22 ff.).

⁴⁰³ EuGH, verb. Rs. C-271/90, C-281/90 und C-289/90 (*Spanien u.a./Kommission*), Slg. 1992, S. I-5833 ff.

⁴⁰⁴ ABl. EG 1990 Nr. L 192/10.

⁴⁰⁵ EuGH, verb. Rs. C-271/90, C-281/90 und C-289/90 (*Spanien u.a./Kommission*), Slg. 1992, S. I-5833 (5865, Rd. 21).

⁴⁰⁶ Dieses Ergebnis wird bestätigt durch das Urteil des Gerichtshofs vom 10.02.2000 in den verb. Rs. C-147/97 und C-148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 61 (noch nicht in Slg.).

(b) Dienstleistungsmonopole und Alpine Investments

Für die Vereinbarkeit staatlicher Dienstleistungsmonopole mit Art. 49 EGV muss nach diesen Grundsätzen gleiches gelten wie für die Vereinbarkeit von Warenmonopolen mit Art. 28 und 31 EGV.⁴⁰⁷ Staatlich begründete Ausschließlichkeitsrechte von Unternehmen oder Verwaltungsträgern bei der Erbringung von Dienstleistungen sind mit Art. 49 EGV unvereinbar, wenn sie analog zu den zu Art. 31 EGV (Handelsmonopole) entwickelten Grundsätzen diskriminierend sind⁴⁰⁸ oder den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten behindern. Ob allerdings bestimmte beschränkende, aber nichtdiskriminierende Monopoltätigkeiten analog der *Keck*-Rechtsprechung bei der Warenverkehrsfreiheit von diesem Grundsatz ausgenommen sind, ist bisher ungeklärt. Der Gerichtshof hat hierzu in seiner *Alpine Investments*-Entscheidung vom 10.05.1995⁴⁰⁹ lediglich erkennen lassen, dass die der *Keck*-Rechtsprechung zugrundeliegenden Gedanken sich grundsätzlich auch auf den Bereich der Dienstleistungsfreiheit übertragen lassen. Daher ist auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nicht von einer kategorischen Unvereinbarkeit aller ausschließlicher oder besonderer Rechte gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV mit Art. 49 EGV auszugehen.⁴¹⁰

cc) Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 49 EGV

Gemäß Art. 55 in Verbindung mit Art. 45 EGV sind aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit Tätigkeiten ausgeschlossen, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Darüber legt Art. 55 in Verbindung mit Art. 46 EGV fest, dass auch staatliche Sonderregelungen für Ausländer, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, von der Dienstleistungsfreiheit unberührt bleiben. Zudem hat der EuGH in deutlicher Parallele zur *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung bei der Warenverkehrsfreiheit sowohl in seiner *van Wesemael*-⁴¹¹, *Mediawet*-⁴¹² und *Gouda*-Entscheidung⁴¹³ klar gemacht, dass auch (ungeschriebene) zwingende Gründe des Allgemeinwohls Beschränkungen rechtfertigen können, die sich aus formell und materiell diskriminierungsfreien staatlichen Maßnahmen ergeben.⁴¹⁴ Letztlich kommt auch eine Rechtfertigung gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßender Regulierung nach Art. 86 Abs. 2 EGV in Betracht.

⁴⁰⁷ So auch Roth, W.-H., in: Dausies, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1993, Band 1, E. I, Rd. 131 m.w.N.

⁴⁰⁸ Es ist kein Grund ersichtlich, warum die zu Warenmonopolen entwickelten Grundsätze unter Art. 28 und 31 EGV nicht auch für Dienstleistungsmonopole gelten sollten. Zustimmend auch Roth, W.-H., in: Dausies, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1993, Band 1, E. I, Rd. 131 m.w.N.

⁴⁰⁹ EuGH, Rs. C-384/93 (*Alpine Investments*), Slg. 1995, S. I-1141 (1176, Rd. 33 ff.)

⁴¹⁰ Anderer Ansicht Emmerich, V., in: Dausies, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, H. II, Rd. 55 ff. und wohl auch Roth, W.-H., in: Dausies, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1993, E. I, Rd. 131.

⁴¹¹ EuGH, Rs. 110/111 (*Ministère public und ASBL/van Wesemael*), Slg. 1979, S. 35 (52, Rd. 28).

⁴¹² EuGH, Rs. C-353/89 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1991, S. I-4069 (4093, Rd. 17).

⁴¹³ EuGH, Rs. C-288/89 (*Collective Antennevoorziening Gouda*) Slg. 1991, S. I-4007 (4040, Rd. 13).

⁴¹⁴ Siehe hierzu Dohms, R., in: Wiedemann, G., *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 81 ff.

e) Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV)

aa) Normzweck und Norminhalt

Nach Art. 43 Abs. 1 EGV ist die Beschränkung der freien Niederlassung⁴¹⁵ von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats grundsätzlich verboten. Art. 43 EGV konstituiert insoweit das Gebot der Inländergleichbehandlung; der Aufnahmestaat ist zu einer Gleichbehandlung seiner eigenen Staatsangehörigen und der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitenden⁴¹⁶ Sachverhalten verpflichtet.⁴¹⁷ Art. 48 EGV verdeutlicht, dass die Niederlassungsfreiheit nicht nur für natürliche, sondern auch für juristische Personen gilt.⁴¹⁸

Während der EuGH zunächst nur formell diskriminierende Maßnahmen als mit Art. 43 EGV unvereinbar angesehen hat⁴¹⁹, hat er später auch formell unterschiedslos anwendbare Maßnahmen, die materiell diskriminieren, in den Anwendungsbereich des Art. 43 einbezogen.⁴²⁰ Letzteres ist regelmäßig bei Maßnahmen der Fall, die zwar formell inländische wie ausländische Wirtschaftsteilnehmer gleich behandeln, in der Praxis aber allein inländische natürliche oder juristische Personen begünstigen.

Seit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Klopp*⁴²¹ im Jahre 1984 interpretiert der EuGH die Niederlassungsfreiheit in ständiger Rechtsprechung⁴²² als ein über ein reines Diskriminierungsverbot hinausgehendes Beschränkungsverbot, das Maßnahmen verbietet, die „die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen“⁴²³. Diese verstoßen nur dann nicht gegen Art. 43 EGV, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses

⁴¹⁵ Unter dem Begriff Niederlassung ist jede „tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“ zu verstehen, vgl. EuGH, Rs. C-221/89 (*Factortame u.a.*), Slg. 1991, S. I-3905 (3965, Rd. 20).

⁴¹⁶ Zur Problematik der Inländerdiskriminierung vgl. Dohms, R., in: Wiedemann, G., *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 103.

⁴¹⁷ Steindorff, E., *Reichweite der Niederlassungsfreiheit*, EuR 1988, S. 19 (19); Roth, W.-H., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1993, Band 1, E.I., Rd. 61.

⁴¹⁸ Zur Bedeutung und Besonderheiten der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften vgl. insbesondere EuGH, Rs. 81/87 (*Daily Mail & General Trust*), Slg. 1988, S. 5483 ff. und EuGH, Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, S. I-1459 ff.

⁴¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, S. 1251 (1273f.); EuGH, Rs. 90/76 (*Van Ameyde/UCI*), Slg. 1977, S. 1091 (1128, Rd. 28).

⁴²⁰ Ständige Rechtsprechung, vgl. EuGH, Rs. C-3/88 (*Kommission/Italien*), Slg. 1989, S. 4035 (4059, Rd. 8); EuGH, Rs. C-175/88 (*Biehl*), Slg. 1990, S. I-1789 (1792, Rd. 13); EuGH, Rs. C-221/89 (*Factortame u.a.*), Slg. 1991, S. I-3905 (3967, Rd. 32); EuGH, Rs. C-272/91 (*Kommission/Italien*), Slg. 1994, S. I-1409 (1433 ff., Rd. 3 ff.); EuGH, Rs. C-237/94 (*O'Flynn*), Slg. 1996, S. I-2617 (2637, Rd. 17 ff.); EuGH, Rs. C-57/96 (*Meints*), Slg. 1997, S. I-6689 (6720, Rd. 44).

⁴²¹ EuGH, Rs. 107/83 (*Ordre des avocats au barreau de Paris/Klopp*), Slg. 1984, S. 2971 (2989f., Rd. 17 ff.).

⁴²² EuGH, Rs. 81/87 (*Daily Mail & General Trust*), Slg. 1988, S. 5483 (5510, Rd. 16); EuGH, Rs. C-340/89 (*Vlassopoulou*), Slg. 1991, S. I-2357 (2383, Rd. 15); EuGH, Rs. C-19/92 (*Kraus*), Slg. 1993, S. I-1663 (1697, Rd. 32); EuGH, Rs. C-53/95 (*Kemmler*), Slg. 1996, I-703 (714, Rd. 10f.); EuGH, Rs. C-264/96 (*ICI*), Slg. 1998, S. I-4695 (4721, Rd. 21); EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-200/98 (*X & Y*), Rd. 26 (noch nicht in Slg.); EuGH, Urteil vom 13.04.2000, Rs. C-251/98 (*Baars*), Rd. 28 f. (noch nicht in Slg.).

⁴²³ EuGH, Rs. C-55/94 (*Gebhard*), Slg. 1995, S. I-4165 (4197, Rd. 37).

Ziels erforderlich ist.⁴²⁴ Diese Rechtsprechung wird in der Literatur kontrovers beurteilt.⁴²⁵ Der Streit soll an dieser Stelle jedoch nicht entschieden werden, da er im Hinblick auf das Untersuchungsziel dieser Arbeit unerheblich ist.

bb) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten

Auch bei der Niederlassungsfreiheit ist davon auszugehen, dass nicht nur staatliche Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 86 Abs. 1 EGV einer Kontrolle durch Art. 43 EGV unterliegen, sondern dass strukturparallel zur EuGH-Rechtsprechung im Rahmen der Warenverkehrs- und Dienstleistungsverkehrsfreiheit sich auch die mitgliedstaatliche Verleihung und Aufrechterhaltung ausschließlicher und besonderer Rechte an Unternehmen uneingeschränkt anhand des Art. 43 EGV überprüfen lassen muss.⁴²⁶

(1) Diskriminierungsverbot

Versteht man die Niederlassungsfreiheit allein als Diskriminierungsverbot, verstoßen staatliche Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 86 Abs. 1 EGV nur dann gegen die Niederlassungsfreiheit, wenn durch sie ausländische Staatsangehörige und/oder Gesellschaften formell und/oder materiell diskriminiert werden und die Ungleichbehandlung nicht durch einen geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestand gerechtfertigt werden kann. So haben zum Beispiel die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in ihrer Entscheidung vom 24.04.1985⁴²⁷ und später auch der EuGH⁴²⁸ festgestellt, dass eine staatliche Regelung, die einerseits die Verpflichtung aufstellt, das gesamte Vermögen der öffentlichen Hand ausschließlich bei inländischen Versicherungsgesellschaften des öffentlichen Sektors zu versichern und andererseits die inländischen öffentlichen Kreditbanken verpflichtet, ihren Kunden zu empfehlen, sich ebenfalls bei einer inländischen öffentlichen Versicherungsgesellschaft zu versichern, als „Maßnahme“ im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV zu qualifizieren ist und gegen Art. 43 EGV verstößt.⁴²⁹ Ein anderes Beispiel ist die Entscheidung vom 26.06.1997⁴³⁰ der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, in der sie das der privatrechtlich organisierten und in privatem Eigentum stehenden Fernsehgesellschaft VTM verliehene Monopolrecht, über das belgische Kabelnetz

⁴²⁴ EuGH, Rs. C-55/94 (*Gebhard*), Slg. 1995, S. I-4165 (4197, Rd. 37).

⁴²⁵ Nachweise zum Streitstand u.a. bei Everling, U., *Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot – Tragweite und Grenze*, in: Schön, W. (Hrsg.), *Gedenkschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, 1997, S. 607 (608); Roth, W.-H., *Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot*, in: Schön, W. (Hrsg.), *Gedenkschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, 1997, S. 729 ff.; Lackhoff, K., *Die Niederlassungsfreiheit des EGV - nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?*, 2000.

⁴²⁶ So auch Europäische Kommission, Entscheidung vom 26.06.1997 (*VTM*), ABl. EG 1997 Nr. L 244/18 ff.; aus der Literatur hierzu nur Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 93.

⁴²⁷ Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.04.1985 (*Griechisches Gesetz über Versicherung öffentlichen Vermögens*), ABl. EG 1985 Nr. L 152/25 (26).

⁴²⁸ EuGH, Rs. 226/87 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 1988, S. 3611 (3624, Rd. 16).

⁴²⁹ Hierzu instruktiv Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 92.

⁴³⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 26.06.1997 (*VTM*), ABl. EG 1997 Nr. L 244/18 ff.

Fernsehwerbung an das flämische Publikum zu richten, als eine versteckte Form der Diskriminierung mit protektionistischer Wirkung qualifiziert⁴³¹, die gegen Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 43 EGV verstößt.⁴³²

(2) Beschränkungsverbot

Entnimmt man mit dem Europäischen Gerichtshof und einem Großteil der Literatur der Vorschrift des Art. 43 EGV ein über das reine Diskriminierungsverbot hinausgehendes Beschränkungsverbot, verbietet die Vorschrift allgemein Beschränkungen der freien Niederlassung zu Lasten von natürlichen oder juristischen Personen anderer Mitgliedstaaten.⁴³³ Stellt sich staatliche Einflußnahme auf privilegierte oder nichtprivilegierte Unternehmen gegenüber natürlichen oder juristischen Personen anderer Mitgliedstaaten als Beschränkung dar, verstößt sie gegen Art. 43 EGV und ist nur bei Vorliegen eines geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestands mit dem EG-Vertrag vereinbar.

(3) Produktionsmonopole

Bisher ungeklärt und schwierig zu beantworten ist die Reichweite der Niederlassungsfreiheit bei nationalen Produktionsmonopolen für Waren und Dienstleistungen. Hierunter ist die Verleihung eines ausschließlichen Rechts zur Herstellung einer bestimmten Ware oder Anbietung einer bestimmten Dienstleistung an einen inländischen Monopolisten zu verstehen. Während eine starke Meinung in der Literatur mit im einzelnen unterschiedlicher Begründung von der grundsätzlichen Unvereinbarkeit mitgliedstaatlicher Produktionsmonopole mit Art. 43 EGV ausgeht⁴³⁴, hat es der EuGH bisher vermieden, zu dieser Frage ausdrücklich Stellung zu beziehen. Soweit die Errichtung eines staatlichen Monopols für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nach den bereits unter Art. 12 EGV geschilderten Grundsätzen objektiv und nichtdiskriminierend erfolgt, ist davon auszugehen, dass nicht schon die Errichtung des Monopolrechts per se formell oder materiell diskriminierend und damit mit Art. 43 EGV unvereinbar ist. Da aber die Gewährung von ausschließlichen und besonderen Rechten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft in der Vergangenheit grundsätzlich nur an Inländer erfolgte, müssen daher tatsächlich die meisten nationalen Produktionsmonopole als materiell diskriminierend und daher mit Art. 43 EGV unvereinbar angesehen werden. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, sind nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 43 EGV als Beschränkungsverbot nationale Produktionsmonopole als generelle Marktzutrittsschranke für Angehörige anderer Mitgliedstaaten aber zumindest auch beschränkend und daher mit Art. 43 EGV unvereinbar und nur bei Vorliegen eines geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestands mit dem EG-Vertrag vereinbar.

⁴³¹ Ebenda, S. 23, Tz. 12.

⁴³² Hierzu instruktiv Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 93 f.

⁴³³ EuGH, Rs. C-53/95 (*Kemmler*), Slg. 1996, I-703 (714, Rd. 10f.).

⁴³⁴ Für eine Unvereinbarkeit z.B. Roth, W.-H., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1993, Band 1, E. I., Rd. 87 m.w.N.; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 99; Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II., Rd. 55; aA Bröhmer, J., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 43 EGV, Rd. 31.

f) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 56 EGV)

Art. 56 EGV bestimmt, dass im Rahmen des Kapitels 4 des EG-Vertrags alle Beschränkungen des grenzüberschreitenden⁴³⁵ Kapital- und Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten sind.⁴³⁶ Während der Begriff „Zahlungsverkehr“ Zahlungen umschreibt, die sich unmittelbar auf den Warenaustausch, die Erbringung von Dienstleistungen und sonstige Leistungen im Personenverkehr beziehen, kennzeichnet der Begriff des freien Kapitalverkehrs selbständige finanzielle Transaktionen von einem in den anderen Mitgliedstaat.⁴³⁷ In Abgrenzung zu den anderen Grundfreiheiten des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs hat der EuGH klargestellt, dass auf den Zweck der Kapitalbewegung abzustellen ist; danach fallen unter Art. 56 EGV regelmäßig solche Geschäfte, „bei denen es in erster Linie um die Anlage und die Investition des betreffenden Kapital geht und nicht um die Vergütung einer Dienstleistung [oder Ware].“⁴³⁸

Der EuGH hat zu Art. 56 EGV keinen eigenständigen Beschränkungsbegriff entwickelt, sondern interpretiert die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit in ihrer jetzigen primärrechtlichen Gestalt strukturparallel zu den in der *Dassonville*- und *Cassis de Dijon*-entwickelten und in der *Keck*-Entscheidung verfeinerten Prinzipien.⁴³⁹ Art. 56 EGV etabliert demnach ein allgemeines Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot, das Eingriffe nur bei Vorliegen eines geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestands zulässt.⁴⁴⁰ Für die Vereinbarkeit staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen mit der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit gilt daher analog der allgemeinen Grundfreiheitendogmatik, dass jede staatliche Wettbewerbsbeschränkung in Bezug auf privilegierte und nichtprivilegierte Unternehmen, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Kapital- und Zahlungsverkehr sowie den Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern unmittelbar oder mittelbar zu behindern oder auszuschließen, mit Art. 56 EGV grundsätzlich unvereinbar sind, sofern nicht ein geschriebener (Art. 57 bis Art. 60 EGV oder Art. 86 Abs. 2 EGV) oder ungeschriebener Ausnahmetatbestand vorliegt.

⁴³⁵ Allgemeine Ansicht, vgl. Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1995, Art. 73b, Rd. 10.

⁴³⁶ Zur Geschichte der Kapitalverkehrsvorschriften im EGV instruktiv Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 142; Bröhmer, J., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 56 EGV, Rd. 1 ff.

⁴³⁷ Zur Begrifflichkeit im Einzelnen Bröhmer, J., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 56 EGV, Rd. 6-14; Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, § 22, Rd. 1480 ff.

⁴³⁸ EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83 (*Luisi und Carbone/Ministero del tesoro*), Slg. 1984, S. 377 (404, Rd. 21).

⁴³⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-148/91 (*Veronica Omroep Organisatie*), Slg. 1993, S. I-487 (518, Rd. 9f.); EuGH, Rs. C-484/93 (*Svensson & Gustavson*), Slg. 1995, S. I-3955 (3975, Rd. 10); EuGH, verb. Rs. C-358/93 und C-416/93 (*Bordessa u.a.*), Slg. 1995, S. 361 (385, Rd. 25 ff.); dies findet in der Literatur grundsätzlich Zustimmung, vgl. z.B. Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1995, Art. 73b, Rd. 11; kritisch Bröhmer, J., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 56 EGV, Rd. 20.

⁴⁴⁰ Vgl. schon EuGH, Rs. 203/80 (*Casati*), Slg. 1981, S. 2595 (2615, Rd. 13); siehe hierzu auch EuGH, Rs. 194/84 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 1987, S. 4737 (4749, Rd. 7); EuGH, Rs. 157/85 (*Brugnoli & Ruffinengo/Cassa di Risparmio di Genova e Imperia*), Slg. 1986, S. 2013 (2031, Rd. 25); EuGH, Rs. C-148/91 (*Veronica Omroep Organisatie*), Slg. 1993, S. I-487 (518, Rd. 9f.); EuGH, Rs. C-484/93 (*Svensson & Gustavson*), Slg. 1995, S. I-3955 (3975, Rd. 10); EuGH, verb. Rs. C-358/93 und C-416/93 (*Bordessa u.a.*), Slg. 1995, S. 361 (385, Rd. 25 ff.).

g) Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)

Im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist das in Art. 12 EGV niedergelegte allgemeine Diskriminierungsverbot durch die Art. 39 bis 42 EG-Vertrag und die aufgrund dieser Vorschriften erlassenen Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane, insbesondere durch die Verordnung Nr. 1612/68 und die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern⁴⁴¹, konkretisiert worden.⁴⁴² Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer umfaßt gemäß Art. 39 Abs. 2 EGV die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Es findet gemäß Art. 39 Abs. 4 EGV keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung und steht unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit.⁴⁴³ Eine Rechtfertigung von Verstößen gegen Art. 39 EGV kommt insbesondere durch Art. 86 Abs. 2 EGV in Betracht.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist zum Beispiel mit Art. 39 EGV eine staatliche Maßnahme unvereinbar, die ein bestimmtes privilegiertes oder nichtprivilegiertes Unternehmen direkt verpflichtet, nur Inländer zu beschäftigen.⁴⁴⁴ Verpflichtet ein Mitgliedstaat ein mit ausschließlichen Rechten betrautes Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV, sich zur Durchführung einer bestimmten Dienstleistung ausschließlich eines anderen Unternehmens zu bedienen, das seinerseits aufgrund einer staatlichen Regelung nur inländische Arbeitnehmer beschäftigen darf, so verstößt der Mitgliedstaat gegen Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 39 EGV.⁴⁴⁵

h) Staatliche Beihilfen (Art. 87 EGV)

aa) Normzweck und Norminhalt

Das in Art. 87 bis 89 EGV niedergelegte Beihilfenaufsichtsrecht ergänzt das Binnenmarktkonzept des EG-Vertrages gemäß Art. 3 lit. c) EGV, indem Art. 87 Abs. 1 EGV ein grundsätzliches Verbot⁴⁴⁶ für staatliche Beihilfen konstituiert, soweit sie aufgrund wettbewerbsverfälschender Wirkungen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Greifen keine spezielleren Normen⁴⁴⁷ ein, unterfallen den Art. 87 bis 89 EGV grundsätzlich sämtliche wirtschaftlichen Tätigkeiten aller Unternehmen und

⁴⁴¹ ABl. EG 1971 Nr. L 149/2.

⁴⁴² EuGH, Rs. 1/77 (*Kenny/Insurance Officer*), Slg. 1978, S. 1489 (1496, Rd. 8/9).

⁴⁴³ Vgl. Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 104.

⁴⁴⁴ EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5927, Rd. 13).

⁴⁴⁵ EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5930, Rd. 24).

⁴⁴⁶ Art. 87 Abs. 1 EGV ist mit der ganz hM trotz seines nicht eindeutigen Wortlauts als Verbotstatbestand zu interpretieren, vgl. Cremer, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 87 EGV, Rd. 5 mit ausführlichen Literaturnachweisen in FN 17.

⁴⁴⁷ Z.B. Art. 36 EGV (Landwirtschaft), Art. 73, 76, 78 EGV (Verkehr), Art. 4 lit. c) EGKS, oder Art. 48 EAGV.

Produktionszweige.⁴⁴⁸ Nach allgemeiner Meinung wird der Begriff der Beihilfe weit ausgelegt⁴⁴⁹ und erfaßt in beliebiger Form gewährte Zuwendungen an einen Wirtschaftsteilnehmer, die keine marktgerechte Gegenleistung für eine von diesem Wirtschaftsteilnehmer erbrachte Leistung darstellen.⁴⁵⁰ Beihilfen sind daher nicht nur Subventionen im eigentlichen Sinne, sondern alle Arten unmittelbarer oder mittelbarer staatlicher wirtschaftlicher Förderung⁴⁵¹, die nach dem private-investor-test⁴⁵² der Europäischen Gerichte nicht als wirtschaftlich sinnvolle Investition zu qualifizieren ist. Darüber hinaus ist für die Qualifizierung einer staatlichen Maßnahme als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV erforderlich, dass die Begünstigung bestimmten privaten oder öffentlichen Unternehmen oder Produktionszweigen zukommt.⁴⁵³ Das Verbot der Gewährung staatlicher Beihilfen nach Art. 87 Abs. 1 EGV gilt daher auch in Bezug auf öffentliche und mit ausschließlichen und besonderen Rechten ausgestattete Unternehmen gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV.⁴⁵⁴ Adressaten der Beihilfenvorschriften sind nur die Mitgliedstaaten, nicht die Unternehmen. Ohne die Bestimmung des Art. 86 Abs. 1 EGV bestünde theoretisch die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten die Beihilferegelungen des EG-Vertrages umgehen, indem sie Beihilfen nicht selbst, sondern über öffentliche Unternehmen auszahlen.⁴⁵⁵ Allerdings sind die europäischen Gerichte dieser Befürchtung in der Rechtswirklichkeit nicht durch eine Anwendung des Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 87 EGV begegnet, sondern haben ohne Rückgriff auf Art. 86 Abs. 1 EGV den Art. 87 Abs. 1 EGV nicht erst dann für anwendbar erklärt, wenn die finanzielle Förderung direkt aus staatlichen Haushaltsmitteln stammt, sondern lassen es ausreichen, wenn die die Förderung gewährende Stelle als „verlängerter Arm des Staates“⁴⁵⁶ erscheint. Das Tatbestandsmerkmal „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe“ wird also vom EuGH so weit ausgelegt, dass insoweit eine Involvierung staatlicher Mittel im Sinne des Art. 87 EGV schon dann vorliegt, wenn der Staat auf die Mittelvergabe substantiellen Einfluß nehmen kann.⁴⁵⁷ Hierfür kann

⁴⁴⁸ Cremer, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 87 EGV, Rd. 4.

⁴⁴⁹ Vgl. EuGH, Rs. 57/86 (*Griechenland/Kommission*), Slg. 1988, S. 2855 (2871, Rd. 8); von Wallenberg, G., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1996, Art. 92 EGV, Rd. 5 m.w.N.

⁴⁵⁰ Ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH, Rs. 30/59 (*De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/EGKS*), Slg. 1961, S. 1 ff.

⁴⁵¹ Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, § 15, Rd. 1110 m.w.N.

⁴⁵² Hierbei handelt es sich um einen Vergleich des staatlichen Verhaltens mit dem eines umsichtigen Privatanlegers unter den gegebenen Umständen, vgl. EuGH, Rs. 303/88 (*Italien/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1433 (1476, Rd. 21f.); EuGH, Rs. C39/94 (*SFEI u.a.*), Slg. 1996, S. I3547 (3596, Rd. 60f.); EuG, Rs. T-358/94 (*Air France/Kommission*), Slg. 1996, S. II-2109 (2134, Rd. 70f.).

⁴⁵³ Ausführlich zu diesem Merkmal Cremer, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 87 EGV, Rd. 8.

⁴⁵⁴ Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 108; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Band 2, Art. 90, Rd. 47; Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 30; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, C. Art. 37, 90 EGV, Rd. 66.

⁴⁵⁵ Schwarze, J., *Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts*, EuZW 2000, S. 613 (625); Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, C. Art. 37, 90 EGV, Rd. 66; Bach, A., *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, 1992, S. 38f.; Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 30 m.w.N.

⁴⁵⁶ So Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, C. Art. 37, 90 EGV, Rd. 67.

⁴⁵⁷ Müller-Graff, P.-C., *Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht*, ZHR 1988, S. 403 (413); Cremer, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 87 EGV, Rd. 10f. m.w.N.

beispielsweise schon eine staatliche Einflußnahme auf eine Unternehmensentscheidung durch Ausübung von Mehrheitsrechten ausreichend sein.⁴⁵⁸

Schließlich ist der Schutzbereich von Art. 87 Abs. 1 EGV nur dann berührt, wenn die Beihilfe den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Während einige⁴⁵⁹ bereits in jeder Beihilfengewährung als solcher eine wettbewerbsverfälschende Maßnahme erblicken, ist der EuGH⁴⁶⁰ der Ansicht, dass anhand einer Marktanalyse festgestellt werden muss, ob die Stellung des Begünstigten auf einem bestimmten Markt zu Lasten seines (potentiellen) Konkurrenten verbessert worden ist. Die Klärung dieser Streitfrage mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben, da sie in der Praxis regelmäßig zu den selben Ergebnissen führt.

bb) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten

(1) Subventionierung von Unternehmen

Insbesondere die Subventionierung von Unternehmen stellt in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft eine beliebte und häufig angewandte Regulierungsform da, die sich an Art. 87 EGV messen lassen muss. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und der EuGH haben in der Vergangenheit zum Beispiel verlorene Zuschüsse⁴⁶¹, verbilligte Darlehen, Kredite zu unter Marktniveau liegenden Konditionen⁴⁶², die individuelle Befreiung und Ermäßigung von Steuern⁴⁶³, Beiträgen⁴⁶⁴ oder Gebühren sowie staatliche Bürgschaften oder Wechselkursgarantien⁴⁶⁵, wenn diese am Markt nicht oder nur zu einem höheren Zinssatz angeboten werden, als unzulässige staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1

⁴⁵⁸ Im Fall EuGH, Rs. C-290/83 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1985, S. 439 (449, Rd. 14) wurden dem Staat Frankreich Beihilfen durch private und nichtstaatliche Organisationen, die unbeschränkte Entscheidungsautonomie hatten und damit prinzipiell nicht unter Art. 87 Abs. 1 EGV fielen, dennoch gem. Art. 87 Abs. 1 EGV zugerechnet, da diese Mittel in enger Abstimmung mit staatlichen Stellen ausgeschüttet wurden und die Finanzierung aus staatlichen Mitteln erfolgte; vgl. auch EuGH, verb. Rs. 67/85, 68/85 und 70/85 (*van der Kooy/Kommission*), Slg. 1988, S. 219 (272, Rd. 36f.); EuG, Rs. T-358/94 (*Air France/Kommission*), Slg. 1996, S. II-2109 (2131, Rd. 56).

⁴⁵⁹ Vgl. z.B. Vorbringen der Europäische Kommission zu EuGH, Rs. C-304/85 (*Falck/Kommission*), Sitzungsbericht, Slg. 1987, S. 871 (878); GA Capotorti, Schlußanträge zu EuGH, Rs. 730/79 (*Philip Morris/Kommission*), Slg. 1980, S. 2671 (2693, 2698f.); GA Warner, Schlußanträge zu EuGH, Rs. 173/73 (*Italien/Kommission*), Slg. 1974, S. 709 (722, 729); GA Lenz, Schlußanträge zu EuGH, Rs. 234/84 (*Belgien/Kommission*), Slg. 1986, S. 2263 (2264, 2274).

⁴⁶⁰ Vgl. EuGH, Rs. 730/79 (*Philip Morris/Kommission*), Slg. 1980, S. 2671 (2688, Rd. 11); EuGH, verb. Rs. 296/82 und 318/82 (*Niederlande und Leeuwarder Papierwarenfabrik/Kommission*), Slg. 1985, S. 809 (824, Rd. 24); zustimmend Wenig, F.-H., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EWGV, 1991, Band 2, Art. 92 EWGV, Rd. 20.

⁴⁶¹ Vgl. EuGH, verb. Rs. 62/87 und 72/87 (*Exécutif régional Wallon/Kommission*), Slg. 1988, S. 1573 (1593, Rd. 13).

⁴⁶² Vgl. EuGH, Rs. C-301/87 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1990, S. I-307 (362, Rd. 41).

⁴⁶³ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 19.12.1984 (*Kapitalsteuer*), ABl. EG 1985 Nr. L 216/12; EuGH, Rs. 70/72 (*Kommission/Deutschland*), Slg. 1973, S. 813 (830, Rd. 21).

⁴⁶⁴ Europäische Kommission, Entscheidung vom 15.09.1980 (*Arbeitgeberbeiträge zur Krankenversicherung*), ABl. EG 1980 Nr. L 264/28; EuGH, Rs. C-301/87 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1990, S. I-307 (Rd. 41).

⁴⁶⁵ Europäische Kommission, Entscheidung vom 12.12.1990 (*Schiffswerften*), ABl. EG 1991 Nr. L 158/71 (72); dieselbe, Entscheidung vom 18.05.1979 (*Produktionskapazitäten von Exportunternehmen*), ABl. EG 1979 Nr. L 138/30; dieselbe, *Mitteilung über öffentliche Unternehmen*, ABl. EG 1993 Nr. C 307/3 (13, Rd. 38).

EGV qualifiziert.⁴⁶⁶ So erfüllen beispielsweise logistische und kommerzielle Vergünstigungen, die die als selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts ausgestaltete französische Post ihren privatrechtlich organisierten Tochterunternehmen gewähren, die ihrerseits Expresszustellungen im Wettbewerb mit anderen Unternehmen anbieten, den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV, wenn die als Gegenleistung erhaltene Vergütung der Post niedriger ist als die Vergütung, die unter normalen Marktbedingungen gefordert werden kann.⁴⁶⁷

(2) Gewährträgerhaftung und Anstaltslast

Sehr umstritten und vom EuGH bisher noch nicht entschieden ist die Frage, ob Gewährträgerhaftung und Anstaltslast als Instrumente der Gläubigersicherung bei öffentlichen Banken als Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren sind. Legt man den private-investor-test des EuGH zugrunde, sind Gewährträgerhaftung und Anstaltslast mit der wohl herrschenden Meinung in der Literatur⁴⁶⁸ und der Europäischen Kommission als Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren, da die wegen der Bonität der Gewährträger garantierte Solvenz der öffentlichen Banken (sog. credit-ranking) von einem privaten Investor auf dem Markt nicht angeboten werden können, da ein solcher niemals auf vergleichbare „unermessliche finanzielle Ressourcen“⁴⁶⁹ zurückgreifen kann.⁴⁷⁰ Das hiergegen vorgebrachte Argument, Gewährträgerhaftung und Anstaltslast seien untrennbar mit der Rechtsform der öffentlichen Banken verknüpft, ebenso wie ein Einzelkaufmann oder ein persönlich haftender Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft unbegrenzt haften, ist abzulehnen. Hier wird verkannt, dass die öffentliche Hand konkursunfähig ist und insoweit ein aliud gegenüber einer natürlichen Person darstellt.⁴⁷¹

Dass die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute hinsichtlich Gewährträgerhaftung und Anstaltslast sowie gewährter Ausgleichs für die Wahrnehmung von nach nationalem Recht bestimmten Aufgaben der Daseinsvorsorge der vollen beihilferechtlichen Überprüfung nach den Art. 87 bis 89 EGV unterliegen, wird auch durch die dem Amsterdamer Vertrag

⁴⁶⁶ Weitere Beispiele über die vielfältigen Formen staatlicher Beihilfen findet sich bei Cremer, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 87 EGV, Rd. 18 m.w.N.; Müller-Graff, P.-C., *Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht*, ZHR 1988, S. 403 (418 ff.); Götz, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, H. III, Rd. 30-41.

⁴⁶⁷ EuGH, Rs. C-39/94 (*SFEI u.a.*), Slg. 1996, S. 3547 (3596, Rd. 62).

⁴⁶⁸ Möschel, W., *Privatisierung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute?*, FIW 1999, S. 39 (45); Gärtner, W., *Die Transparenz der Finanzbeziehungen innerhalb der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute*, ZBB 1998, S. 6 (15); Schmid/Vollmöller, *Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilfenrecht*, NJW 1998, S. 716 (720); Koenig, C., *Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EGV?*, EuZW 1995, S. 595 (602); Koenig/Sander, *Zur Beihilfenaufsicht über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nach Art. 93 EGV*, EuZW 1995, S. 363 ff.; aA Schneider/Busch, *Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV?*, EuZW 1995, S. 602 (608); Gruson, M., *Zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zur Sicherung der Anleihen der Landesbanken*, EuZW 1997, S. 357 (363).

⁴⁶⁹ Europäische Kommission, *Mitteilung über öffentliche Unternehmen*, ABl. EG 1993 Nr. C 307/2 (3f.).

⁴⁷⁰ Schmid/Vollmöller, *Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilfenrecht*, NJW 1998, S. 716 (719); ebenso Koenig, C., *Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EGV?*, EuZW 1995, S. 595 (602).

⁴⁷¹ So explizit Möschel, W., *Privatisierung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute?*, FIW 1999, S. 39 (45).

beigefügte 37. Erklärung zur Schlußakte betreffend der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Deutschland bestätigt:

„Die Konferenz nimmt die Auffassung der Kommission zur Kenntnis, dass die bestehenden Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft es zulassen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die die in Deutschland bestehenden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute erfüllen, sowie ihnen zum Ausgleich für die mit diesen Leistungen verbundenen Lasten gewährten Vergünstigungen voll zu berücksichtigen. Dabei bleibt es der Organisation dieses Mitgliedstaats überlassen, auf welche Weise er insoweit den Gebietskörperschaften die Erfüllung ihrer Aufgabe ermöglicht, in ihren Regionen eine flächendeckende und leistungsfähige Finanzinfrastruktur zur Verfügung zu stellen. Diese Vergünstigungen dürfen die Wettbewerbsbedingungen nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das über das zur Erfüllung der besonderen Aufgaben erforderliche Maß hinausgeht und zugleich dem Interesse der Gemeinschaft entgegenwirkt.“⁴⁷²

Hierdurch wird deutlich, dass nach Auffassung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften Gewährträgerhaftung und Anstaltslasten grundsätzlich unzulässige Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV darstellen, die nur unter den Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes – wie Art. 86 Abs. 2 EGV – mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.⁴⁷³

cc) Rechtfertigung

Ist eine staatliche Maßnahme als eine unzulässige Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren, verstößt sie nur dann nicht gegen den EG-Vertrag, wenn sie durch einen geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestand gerechtfertigt werden kann.⁴⁷⁴ Zunächst enthält Art. 87 Abs. 2 EGV drei Legalausnahmen für die von Abs. 1 erfaßten Beihilfen, die als generelle Ausnahmetatbestände Beihilfen kraft Gesetzes rechtfertigen. Daneben steht es im Ermessen⁴⁷⁵ der Kommission, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen einer der fakultativen Ausnahmebestimmungen nach Abs. 3 lit. a) - d) erfüllt sind, eine Freistellung von Beihilfen gemäß Art. 87 Abs. 3 lit. e) EGV zu gewähren. Schließlich können nach Art. 87 Abs. 1 EGV grundsätzlich unzulässige staatliche Beihilfen auch nach der Vorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt sein.

⁴⁷² Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 02.10.1997, 37. Erklärung zur Schlußakte, Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, ABl. EG 1997 Nr. C 340/1 (138).

⁴⁷³ Zustimmend Gärtner, W., *Die Transparenz der Finanzbeziehungen innerhalb der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute*, ZBB 1998, S. 6 (8, 15).

⁴⁷⁴ Ausführliche Literaturnachweise zu Ausnahmen und Befreiungsmöglichkeiten vom Beihilfeverbot finden sich bei Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, § 15, vor Rd. 1119.

⁴⁷⁵ Vgl. zum Ermessensspielraum der Kommission EuGH, Rs. 730/79 (*Philip Morris/Kommission*), Slg. 1980, S. 2671 (2690, Rd. 17); EuGH, Rs. 74/76 (*Iannelli/Meroni*), Slg. 1977, S. 557 (575, 11/12); EuGH, Rs. C 301/87 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1990, S. I307 (355, Rd. 15); EuGH, Rs. C39/94 (*SFEI u.a.*), Slg. 1996, S. I3547 (3589, Rd. 36); Cremer, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 87 EGV, Rd. 25 m.w.N.; Götz, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. III, Rd. 48.

dd) Normstellung

Da im Anwendungsbereich des Art. 87 EGV unzulässige Beihilfen nach der Rechtsprechung des EuGH regelmäßig auch als Beschränkungen des freien Warenverkehrs gemäß Art. 28 (oder 29) EGV zu qualifizieren sind⁴⁷⁶, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Art. 87 ff. EGV zu dieser Vorschrift. Eine Abgrenzung beider Normenkomplexe ist notwendig, da sie nicht strukturparallel ausgestaltet sind. So folgen die in Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV niedergelegten Ausnahmeregelungen anderen materiellen Kriterien als die geschriebenen und ungeschriebenen Ausnahmetatbestände des Art. 28 EGV. Während Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit – abgesehen von der Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV – grundsätzlich nur aus nichtwirtschaftlichen Gründen im Allgemeininteresse gerechtfertigt werden können, kommt in Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV zum Ausdruck, dass Beihilfen gerade aufgrund wirtschaftspolitischer Zielsetzungen gerechtfertigt werden können. Zudem ist die Zuständigkeitsverteilung in beiden Normenkomplexen unterschiedlich ausgestaltet; während die Art. 87 ff. EGV grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar sind⁴⁷⁷ und die Beihilfesaufsicht der Kommission gemäß Art. 88 EGV unterliegt, sind die Art. 28 ff. EGV unmittelbar anwendbar und die mitgliedstaatlichen Gerichte berechtigt und verpflichtet, diese Vorschriften auf entsprechende mitgliedstaatliche Maßnahmen anzuwenden.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁴⁷⁸ sind staatliche Maßnahmen, die unproblematisch als Beihilfe im Sinne von Art. 87 EGV zu qualifizieren sind, nur an den Art. 87 ff. EGV und nicht an den Art. 28 ff. EGV zu messen. In der Rechtssache *Ianelli*⁴⁷⁹ begründete der Gerichtshof dies damit, dass es die in Art. 87 ff. EGV geregelte Zuständigkeitsverteilung verbiete, Beihilfen als solche an den Art. 28 ff. EGV zu messen.⁴⁸⁰ Eine Überprüfung anhand letzterer Vorschriften komme nur dann in Betracht, wenn eine staatliche Beihilfe nur „möglicherweise als Beihilfe im Sinne von Art. [87 EGV] betrachtet werden kann.“⁴⁸¹ Da sich aus der Struktur und den materiellen Kriterien der Ausnahmetatbestände der Art. 87 ff. EGV ergibt, dass diese grundsätzlich als speziellere

⁴⁷⁶ Da die mit einer Beihilfenvergabe bezweckte Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der subventionierten Unternehmen die Absatzchancen der nicht-subventionierten Konkurrenten auf dem Heimatmarkt des Begünstigten verschlechtern kann, haben Beihilfen insofern Einfluß auf die Warenverkehrsströme, als die Einfuhr von Waren zumindest mittelbar oder potentiell behindert wird, vgl. hierzu ausführlich Cremer, W., *Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit*, EuR 1996, S. 225 (226 m.w.N.).

⁴⁷⁷ EuGH, Rs. 77/72 (*Capolongo/Maya*), Slg. 1973, S. 611 (622, Rd. 6); EuGH, Rs. 74/76 (*Ianelli/Meroni*), Slg. 1977, S. 557 (575, Rd. 11/12); EuGH, Rs. 78/76 (*Steinike und Weinling/Deutschland*), Slg. 1977, S. 595 (609, Rd. 8-10).

⁴⁷⁸ Vgl. EuGH, Rs. 249/81 (*Kommission/Irland*), Slg. 1982, S. 4005 (4020, Rd. 16 ff.); EuGH, Rs. 18/84 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1985, S. 1339 (1347, Rd. 13); EuGH, Rs. 103/84 (*Kommission/Italien*), Slg. 1986, S. 1759 (1774, Rd. 19-25); EuGH, Rs. C-21/88 (*Du Pont de Nemours Italiana*), Slg. 1990, S. 1889 (921, Rd. 19-22); ausführlich zu der Entwicklung der Rechtsprechung Cremer, W., *Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit*, EuR 1996, S. 225 (227 ff.).

⁴⁷⁹ EuGH, Rs. 74/76 (*Ianelli/Meroni*), Slg. 1977, S. 557 ff.

⁴⁸⁰ EuGH, Rs. 74/76 (*Ianelli/Meroni*), Slg. 1977, S. 557 (575, Rd. 11/12).

⁴⁸¹ EuGH, Rs. 18/84 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1985, S. 1339 (1347, Rd. 13); EuGH, Rs. 103/84 (*Kommission/Italien*), Slg. 1986, S. 1759 (1774, Rd. 19); EuGH, Rs. C-21/88 (*Du Pont de Nemours Italiana*), Slg. 1990, S. 1889 (922, Rd. 20); Cremer, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 87 EGV, Rd. 47 m.w.N.; ders., *Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit*, EuR 1996, S. 225 (236 f. m.w.N.).

Vertragsvorschriften für die Behandlung handelsbeeinträchtigender Beihilfen angesehen werden müssen⁴⁸², ist dieser Rechtsprechung des EuGH im Kern zuzustimmen. Allerdings ist die Beurteilung unklarer Maßnahmen, bei denen die Qualifizierung als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV rechtliche Probleme aufwirft, sehr gewissenhaft vorzunehmen, um die im EG-Vertrag festgelegte Spezialität der Beihilfevorschriften gegenüber der Anwendung der Art. 28 ff. EGV nicht leerlaufen zu lassen.

Gleiches gilt auch für das Verhältnis der Art. 87 ff. EGV gegenüber den Art. 43 ff. und 49 ff. über die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, da auch diese Normenkomplexe nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung nicht nur ein Diskriminierungs-, sondern auch ein allgemeines Beschränkungsverbot enthalten.⁴⁸³ Die Bestimmung der betroffenen Grundfreiheit hängt davon ab, ob durch die Subvention die Förderung des Warenabsatzes oder/und von Dienstleistungen intendiert ist, oder ob die Niederlassungswilligkeit von Inländern im EG-Ausland gefördert oder umgekehrt EG-ausländische Unternehmen für die Niederlassung im Inland gewonnen werden sollen.⁴⁸⁴ Auch gegenüber dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV stellen die Art. 87 ff. EGV konsequenterweise Spezialregelungen dar. Die Abgrenzung ist allerdings materiellrechtlich ohne Bedeutung, da nach einhelliger Meinung⁴⁸⁵ eine Beihilferegelung, die gegen Art. 12 EGV verstoßen würde, auch nach Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV nicht genehmigt werden kann.

i) Beihilfen im Verkehrssektor (Art. 73 EGV)

Eine wichtige Legalausnahme vom allgemeinen Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV stellt neben Art. 87 Abs. 2 EGV der Art. 73 EGV dar, der staatliche Beihilfen an Verkehrsunternehmen für zulässig erklärt, wenn sie entweder der Koordinierung des Verkehrs dienen oder durch sie Verpflichtungen eines Verkehrsträgers aufgrund der Leistung eines öffentlichen Dienstes kompensiert werden sollen. Zu der ersten Fallgruppe der Koordinierungsbeihilfen sind insbesondere solche Vergünstigungen zu rechnen, die die Angleichung der Wettbewerbsbedingungen zwischen den Verkehrsunternehmen der Mitgliedstaaten oder die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit durch die Bereinigung von Strukturschwächen im Verkehrssystem zum Gegenstand haben. Hierzu gehört beispielsweise

⁴⁸² So die hM., vgl. Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 30 EGV, Rd. 342 m.w.N.; von Wallenberg, G., in: Grabitz/Hilf, *EUV/EGV*, 1996, Art. 92 EGV, Rd. 90; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Band 2, Vorb. zu Art. 92-94 EGV, Rd. 10; Cremer, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 87 EGV, Rd. 47; ders., *Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit*, EuR 1996, S. 225 (233 ff.); Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, § 15, Rd. 1117.

⁴⁸³ Cremer, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 87 EGV, Rd. 48.

⁴⁸⁴ Art. 44 Abs. 2 lit. h) EGV steht hierzu nicht im Widerspruch, da die „Sicherstellung“ iSd Norm durch die Anwendung der Art. 87 ff. EGV zu erfolgen hat, vgl. Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Band 2, Vorb. zu Art. 92-94 EGV, Rd. 10; unklar Bröhmer, J., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 44 EGV, Rd. 15.

⁴⁸⁵ Vgl. Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, § 15, Rd. 1118; Europäische Kommission, 22. *Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1992, 1993*, Tz. 442; v. Wallenberg, G., in: Grabitz/Hilf, *EUV/EGV*, 1996, Art. 92 EGV, Rd. 88; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Band 2, Vorb. zu Art. 92-94 EGV, Rd. 10.

die auf Art. 73 EGV gestützte Verordnung 1192/69 des Rates vom 26.06.1969 über gemeinsame Regeln für die Normalisierung der Konten der Eisenbahnen.⁴⁸⁶

Zur zweiten Fallgruppe der Legalausnahme zählen Beihilfen, die unrentable gemeinwohlorientierte Leistungen finanziell abgelenken sollen, zu deren Erbringung bestimmte Unternehmen staatlich verpflichtet werden. Art. 2 der Verordnung des Rates 1191/69 vom 26.06.1969 über die das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs⁴⁸⁷ definiert diese Verpflichtungen als solche, „die das Verkehrsunternehmen im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder [...] nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde.“ Wie in Teil 1 dieser Arbeit bereits dargestellt wurde, werden Verkehrsunternehmen (insbesondere Eisenbahnen) in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft regelmäßig durch staatliche Regulierung gemeinwohlorientierte Verpflichtungen auferlegt, wie zum Beispiel allgemeine Betriebspflicht, Beförderungspflicht oder Tarifpflicht oder die Sicherstellung eines flächendeckenden Angebots auch auf unrentablen Strecken. Normzweck des Art. 73 EGV ist es, die diesen Verkehrsträgern zugewendeten finanziellen Vergünstigungen für ihre gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom gemeinschaftlichen Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV auszunehmen.⁴⁸⁸

Inzwischen sind auf der Grundlage des Art. 73 EGV so viele EG-Verordnungen⁴⁸⁹ ergangen, dass aufgrund der umfassenden sekundärrechtlichen Ausgestaltung Art. 73 EGV „für sich genommen kaum mehr eigenständige Bedeutung zu haben scheint.“⁴⁹⁰ Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Art. 3 der Verordnung des Rates 1107/70 vom 04.06.1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr⁴⁹¹, in der ein abschließender Katalog sämtlicher Anwendungsfälle der nach Art. 73 EGV zulässigen Verkehrsbeihilfen normiert ist. Allerdings handelt es sich hierbei, angesichts der Tatsache, dass das primäre Gemeinschaftsrecht durch gemeinschaftsrechtliches Sekundärrecht weder beschränkt noch verändert werden kann, systematisch nur um eine „Selbstverpflichtung der Mitgliedstaaten“⁴⁹² ohne endgültigen Charakter auf dem Gebiet der Verkehrspolitik.⁴⁹³

⁴⁸⁶ ABl. EG 1969 Nr. L 156/8, geändert durch VO (EWG) 1473/75, ABl. EG 1975 Nr. L 152/1; VO (EWG) 1658/82, ABl. EG 1982 Nr. L 184/1; VO (EWG) 1100/89, ABl. EG 1989 Nr. L 116/4; VO (EWG) 3578/92, ABl. EG 1992 Nr. L 364/11; VO (EG) 2255/96, ABl. EG 1996 Nr. L 304/3 und VO (EG) 543/97, ABl. EG 1997 Nr. L 84/6.

⁴⁸⁷ ABl. EG 1969 Nr. L 156/1; geändert durch VO(EWG) 1893/91, ABl. EG 1991 Nr. L 169/1; VO (EWG) 3577/92 über die Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten, ABl. EG 1992 Nr. L 364/7; Art. 2 lit. o) der VO (EWG) 2408/92 über den Zugang von Luftfahrtsunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. EG 1992 Nr. L 240/8.

⁴⁸⁸ Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 73 EGV, Rd. 3.

⁴⁸⁹ Vgl. Übersicht bei Frohnmeier, A., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1996, Art. 77 EGV, Rd. 5-11.

⁴⁹⁰ So Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 73 EGV, Rd. 5.

⁴⁹¹ ABl. EG 1970, Nr. L 130/1; geändert durch VO (EWG) 1473/75, ABl. EG 1975 Nr. L 152/1; VO (EWG) 1658/82, ABl. EG 1982 Nr. L 184/1; VO (EWG) 1100/89, ABl. EG 1989 Nr. L 116/4; VO (EWG) 3578/92, ABl. EG 1992 Nr. L 364/11; VO (EG) 2255/96, ABl. EG 1996 Nr. L 304/3 und VO (EG) 543/97, ABl. EG 1997 Nr. L 84/6.

⁴⁹² So Frohnmeier, A., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1996, Art. 77 EGV, Rd. 8.

⁴⁹³ Ebenso Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 73 EGV, Rd. 5.

2. Unternehmensbezogene Normen (Art. 81, 82 EGV)

a) Normzweck und Norminhalt der Art. 81, 82 EGV

Normzweck der in den Art. 81 und 82 EGV niedergelegten Wettbewerbsregeln ist es, den Wettbewerb im Binnenmarkt zu schützen, indem der Zugang zu den Märkten offen gehalten und die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung unter vergleichbaren Bedingungen für alle Unternehmen gesichert wird.⁴⁹⁴ Aus diesen Erwägungen spricht Art. 81 Abs. 1 EGV ein grundsätzliches Verbot bestimmter Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen zwischen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen aus. Daneben verbietet Art. 82 EGV die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.⁴⁹⁵

b) Begründung mitgliedstaatlicher Verantwortung

Obwohl sich die Art. 81 und 82 EGV an Unternehmen richten, begründet der EG-Vertrag für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen zunichte machen könnten.⁴⁹⁶ Dies ergibt sich einerseits aus Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 81 und 82 EGV⁴⁹⁷, der Fusionskontrollverordnung sowie dem sonstigen sekundären EG-Kartellrecht, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, jede Art der rechtlichen oder tatsächlichen Einflußnahme speziell in Bezug auf die in Art. 86 Abs. 1 EGV genannten Unternehmen zu unterlassen, die zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten dieser Unternehmen führt oder führen kann.⁴⁹⁸ Nichts anderes ergibt sich grundsätzlich auch aus Art. 10 Abs. 2 EGV in Verbindung mit Art. 3 lit. g), 81 und 82 EGV. Beide Vorschriftenkombinationen bringen die allgemeine Rechtspflicht der Mitgliedstaaten zum Ausdruck, die unternehmensgerichteten Vorschriften

⁴⁹⁴ Vgl. Müller-Graff, P.-C., in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 85 EGV, Rd. 2; Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, § 14, Rd. 1025.

⁴⁹⁵ Umfassende Nachweise zu diesem Normenkomplex bei Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 1; Gleiss/Hirsch (Hrsg.), *Kommentar zum EG-Kartellrecht*, 1998, Band 1; Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999; Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1; Zäch, R., *Wettbewerbsrecht der Europäischen Union*, 1994; Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, Band 2/I, 1999, Art. 85-87 EGV.

⁴⁹⁶ EuGH, Rs. 13/77 (*NNO/ATAB*), Slg. 1977, S. 2115 (2145, Rd. 30/35); EuGH, Rs. 231/83 (*Cullet/Leclerc*), Slg. 1985, S. 305 (319, Rd. 16); EuGH, Rs. C-267/86 (*van Eycke/ASPA*), Slg. 1988, S. 4769 (4791, Rd. 16); EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (851, Rd. 48); EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2017, Rd. 26); EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991 S. I-2925 (2962, Rd. 35); EuGH, Rs. C-185/91 (*Reiff*), Slg. 1993, S. I-5801 (5847, Rd. 14); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7148, Rd. 28); hierzu ausführlich Bach, A., *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, 1992, S. 127 ff.; Steinberger, D., *Staatliche Wirtschaftsinterventionen als Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages*, 1994, S. 29 ff.; Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 146 ff. m.w.N.

⁴⁹⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7148, Rd. 28); Jung, C., in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 26 m.w.N.

⁴⁹⁸ Bach, A., *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, 1992, S. 50f.; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, *EGV*, 1999, Band 2, Art. 90, Rd. 46; Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1, Art. 90 EGV, Rd. 26.

des EG-Vertrages nicht mittelbar zu verletzen.⁴⁹⁹ Allerdings ist Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 81 oder 82 EGV als *lex specialis* gegenüber den allgemeinen Regeln der Art. 10 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 lit. g), 81 oder 82 EGV anzusehen⁵⁰⁰, auch wenn der EuGH dieses Vorrangverhältnis in seiner Rechtsprechung nicht immer konsequent beachtet.⁵⁰¹ Der wesentliche Grund für das Stufenverhältnis liegt zunächst in den unterschiedlichen materiellen Voraussetzungen der beiden Normkombinationen. Gegen vereinzelte Kritik aus der Literatur⁵⁰² ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH davon auszugehen, dass staatliche Verantwortlichkeit gemäß Art. 10 Abs. 2 EGV akzessorisch⁵⁰³ zur Erfüllung des Tatbestandes des Art. 81 oder 82 EGV ist. Dagegen besteht nach Ansicht des Gerichtshofs bei Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 81 oder 82 EGV keine Akzessorität zwischen Staats- und Unternehmensverantwortung. Dies begründet der EuGH damit, dass staatliche Marktzugangsregulierung in Form der Verleihung ausschließlicher oder besonderer Rechte, schon bevor das Unternehmen überhaupt handelt, eine Situation schaffen kann, in der ein Unternehmensverstoß gegen die Art. 82 EGV „immer dann, wenn das Unternehmen handelt und unabhängig davon, wie es handelt, zwangsläufig ist, oder ein solcher Unternehmensverstoß erleichtert wird oder einfach möglich ist.“⁵⁰⁴ Ausdrücklich hat dies der EuGH in seiner Entscheidung über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsendgeräte vom 19.03.1991⁵⁰⁵ und den inhaltlich ähnlich gelagerten Entscheidungen *GB-INNO-BM*⁵⁰⁶ vom 13.12.1991 und *Decoster*⁵⁰⁷ vom 27.10.1993 zum Ausdruck gebracht, in denen er im einzelnen ausführte:

„Ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, kann nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist. Wird einem Unternehmen, das Endgeräte vertreibt, die Aufgabe übertragen, die Spezifikationen festzuschreiben, denen die Endgeräte entsprechen müssen, deren Anwendung zu kontrollieren und

⁴⁹⁹ Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Band 2, Art. 90, Rd. 46 m.w.N.; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 112; Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 147f.

⁵⁰⁰ Allgemeine Meinung, vgl. EuGH, verb. Rs. C-78/90 bis C-83/90 (*Compagnie commerciale de l'Ouest u.a.*), Slg. 1992, S. I1847 (1879, Rd. 19); EuGH, Rs. C-18/93 (*Corsica Ferries*), Slg. 1994, S. I1783 (1819, Rd. 18); Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, 1999, Band 2, Art. 90, Rd. 5 m.w.N.; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 196; Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 147f.; Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 4; Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1, Art. 90 EGV, Rd. 4.

⁵⁰¹ Vgl. hierzu Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 200.

⁵⁰² Kritische Betrachtungen zum Akzessoritätskriterium finden sich z.B. bei Jickeli, J. *Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips*, JZ 1995, S. 57 (61 ff. m.w.N. in FN 65); Möschel, W., *Wird die effe-utile Rechtspr. des EuGH inutile?*, NJW 1994, S. 1709 (1709 f.); Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, B. Art. 37, 90 EGV, Rd. 48-50 m.w.N. in FN 69.

⁵⁰³ Ausdrücklich im Zusammenhang mit Art. 81 EGV EuGH, Rs. 267/86 (*Van Eycke/ASPA*), Slg. 1988, S. 4769 (4792, Rd. 18); EuGH, Rs. C-2/91 (*Meng*), Slg. 1993, S. I5751 (5798, Rd. 16f.); EuGH, Rs. C-245/91 (*Ohra Schadeverzekerings*), Slg. 1993, S. I5851 (5878, Rd. 12); EuGH, verb. Rs. C-140/94 bis 142/94 (*DIP u.a.*), Slg. 1995, S. I-3257 (3294, Rd. 16 ff.).

⁵⁰⁴ Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 115; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, C. Art. 37, 90 EGV, Rd. 53 m.w.N.; Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1, Art. 90 EGV, Rd. 34.

⁵⁰⁵ EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 ff.

⁵⁰⁶ EuGH, Rs. C-18/88 (*GB-INNO-BM*), Slg. 1991, S. I-5941 ff.

⁵⁰⁷ EuGH, Rs. C-69/91 (*Decoster*), Slg. 1991, S. I-5335 ff.

diese Apparate zuzulassen, so läuft dies darauf hinaus, ihm die Befugnis zu übertragen, nach Belieben zu bestimmen, welche Endgeräte an das öffentliche Netz angeschlossen werden können, und ihm damit einen eindeutigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern zu verschaffen.⁵⁰⁸

Konsequenterweise hat der EuGH in allen drei Urteilen einen Verstoß der Mitgliedstaaten gegen die Art. 3 lit. g) und 82 in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 EGV angenommen. Art. 86 Abs. 1 EGV konstituiert daher in Verbindung mit den Wettbewerbsregeln des EGV eine schärfere gemeinschaftsrechtliche Kontrolle als Art. 10 Abs. 2 EGV. Zudem ist die Zuständigkeitsverteilung beider Normkombinationen unterschiedlich ausgestaltet: Während Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit den Wettbewerbsregeln von der Kommission gemäß Art. 86 Abs. 3 direkt angewendet werden kann, kann die Kommission gegen Verletzungen der allgemeinen Regeln der Art. 10 Abs. 2 EGV in Verbindung mit Art. 3 lit. g), 81 oder 82 EGV nur mittels des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EGV vorgehen.⁵⁰⁹ Abgesehen hiervon sind aber für die Anwendung beider Normenkombinationen dieselben⁵¹⁰ allgemeinen Grundsätze heranzuziehen, die im folgenden dargestellt werden sollen.

c) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten

Der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 81, 82 EGV in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 EGV liegt der Grundsatz des *effet utile* im Gemeinschaftsrecht zugrunde. In seinen Schlußanträgen in der Rechtssache *Merci convenzionali di porto di Genova*⁵¹¹ führte Generalanwalt *van Gerven* hierzu zusammenfassend aus, dass aus der Rechtsprechung des EuGH zur Anwendung von Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit den Art. 81 und 82 EGV auf Maßnahmen der öffentlichen Behörden hervorgeht, dass Art. 86 sich auf alle behördlichen Eingriffe gegenüber den in dieser Bestimmung genannten Unternehmen bezieht, die ein nach Art. 81 oder 82 verbotenes Verhalten von Unternehmen entweder anordnen⁵¹², begünstigen⁵¹³ oder unvermeidbar machen⁵¹⁴ oder Unternehmen die Befugnis übertragen, anstelle der Behörde marktregulierend⁵¹⁵ aufzutreten.⁵¹⁶ Das unternehmerische Verhalten, das als Anknüpfungspunkt Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 81 oder 82 ist, muss dem behördlichen Eingriff nicht notwendigerweise zeitlich

⁵⁰⁸ EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-223 (1271, Rd. 51); EuGH, Rs. C-18/88 (*GB-INNO-BM*), Slg. 1991, S. I-5941 (5942, Leitsatz 1); EuGH, Rs. C-69/91 (*Decoster*), Slg. 1991, S. I-5335 (5381, Rd. 22).

⁵⁰⁹ Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, B. Art. 37, 90 EGV, Rd. 37 m.w.N.

⁵¹⁰ So ausdrücklich GA van Gerven, Schlußanträge zu EuGH, verb. Rs. C-48/90 und C-66/90 (*Niederlande u.a./Kommission*), Slg. 1992, S. 565 (617, Tz. 39) sowie Bach, A., *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, 1992, S. 50f.

⁵¹¹ EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 ff.

⁵¹² Vgl. z.B. EuGH, Rs. 229/83 (*Leclerc/Au Blé vert*), Slg. 1985, S. 1, (32, Rd. 15); EuGH, Rs. 231/83 (*Cullet/Leclerc*), Slg. 1985, S. 305 (320, Rd. 17); EuGH, Rs. 30/87 (*Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*), Slg. 1988, S. 2479 (2517, Rd. 34).

⁵¹³ Vgl. z.B. EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (852, Rd. 49).

⁵¹⁴ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-979 (2019, Rd. 34); EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991 S. I-2925 (2962, Rd. 37).

⁵¹⁵ Vgl. EuGH, Rs. 229/83 (*Leclerc/Au Blé vert*), Slg. 1985, S. 1, (32, Rd. 15); EuGH, Rs. 267/86 (*Van Eycke/ASPA*), Slg. 1988, S. 4769 (4791, Rd. 16).

⁵¹⁶ GA van Gerven in EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5912, Tz. 15).

vorausgehen, sondern kann ihm folgen, sein Ergebnis oder seine unabwendbare Auswirkung sein.⁵¹⁷ Ausgehend von diesen von *van Gerven* beschriebenen 4 Fallgruppen, die seit dem Urteil des EuGH vom 21.09.1988 in der Rechtssache *Van Eycke*⁵¹⁸ in ständiger Rechtsprechung⁵¹⁹ Prüfungsmaßstab hinsichtlich mitgliedstaatlicher Eingriffe in den Wettbewerb darstellen, prüft der Gerichtshof zunächst immer die ersten drei Fallgruppen des Anordnens, Begünstigens oder Unvermeidbarmachens und widmet sich nur zuletzt der vierten Fallgruppe.⁵²⁰ Staatliche Verantwortung scheidet nur dann aus, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten auf der Eigeninitiative des oder der regulierten Unternehmen beruht und insofern autonom von staatlichem Einfluß erfolgt.⁵²¹

aa) Art. 81 Abs. 1 EGV

Ausgehend von den Grundsätzen im *van Eycke* Urteil⁵²² hat der EuGH seine eigene Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex in seinen *Betriebsrentenfonds*-Entscheidungen vom 21.09.1999 zusammengefaßt und systematisiert. Danach verstoßen staatliche Maßnahmen gegen Art. 81 EGV in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 EGV,

„wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. [81] verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt⁵²³, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern⁵²⁴ überträgt.“⁵²⁵

Verstößt eine staatliche Maßnahme nach diesen Grundsätzen gegen Art. 81 Abs. 1 EGV, kann sie nur unter den Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EGV oder Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt werden. Der EuGH hatte bisher nur selten Gelegenheit, zu diesen

⁵¹⁷ Ebenda.

⁵¹⁸ EuGH, Rs. 267/86 (*Van Eycke/ASPA*), Slg. 1988, S. 4769 (4791, Rd. 16).

⁵¹⁹ Bestätigt z.B. durch EuGH, Rs. C-185/91 (*Reiff*), Slg. 1993, S. I-5801 (5847, Rd. 14); EuGH, Rs. C-153/93 (*Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*), Slg. 1994, S. I-2517 (2530, Rd. 14); EuGH, Rs. C-96/94 (*Centro Servizi Spediporto*), Slg. 1995, S. I-2883 (2910, Rd. 21); EuGH, verb. Rs. C-140/94 bis 142/94 (*DIP u.a.*), Slg. 1995, S. I-3257 (3294, Rd. 15).

⁵²⁰ Zu den Fallgruppen im einzelnen Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 189 ff.

⁵²¹ EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 (1272, Rd. 55 ff.); hierzu Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 150 f.

⁵²² EuGH, Rs. 267/86 (*Van Eycke/ASPA*), Slg. 1988, S. 4769 (4791, Rd. 16).

⁵²³ Daher verstößt staatliche Regulierung gegen Art. 81 EGV (iVm Art. 86 I oder Art. 10 II EGV), wenn sie Unternehmen verpflichtet, ausschließliche Verträge mit anderen Unternehmen zu schließen (sog. „kaskadische Ausschließlichkeitsrechte“) oder Preisregelungen zu treffen, die ihrerseits gegen Art. 81 EGV verstoßen; vgl. hierzu und zu weiteren Fallgruppen Bach, A., *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, 1992, S. 185 ff. und 201 ff.

⁵²⁴ So explizit im Fall der Preisregulierungsbefugnis EuGH, Rs. C-153/93 (*Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*), Slg. 1994, S. I-2517 (2530, Rd. 19).

⁵²⁵ EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5883, Rd. 65); EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, I-6025 (6050, Rd. 65); die gleichen Grundsätze kommen auch zum Ausdruck in EuGH, Rs. C-2/91 (*Meng*), Slg. 1993, S. I-5751 (5798, Rd. 14); EuGH, Rs. C-185/91 (*Reiff*), Slg. 1993, S. I-5801 (5847, Rd. 14); EuGH, Rs. C-245/91 (*Ohra Schadeverzekerings*), Slg. 1993, S. I-5851 (5878, Rd. 10); EuGH, Rs. C-35/96 (*Kommission/Italien*), Slg. 1998, S. I-3851 (3899, Rd. 53 ff.); EuGH, Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries France*), Slg. 1998, S. I-3949 (3994, Rd. 35 f., 49).

Vorschriftenkombinationen Stellung zu nehmen.⁵²⁶ In der Rechtssache *Ahmed Saeed* entschied der Gerichtshof, dass Art. 86 Abs. 1 (und subsidiär Art. 10 Abs. 2 EGV) mitgliedstaatliche Preisregulierung verbiete, die den Abschluß von gegen Art. 81 EGV verstoßenden Tarifvereinbarungen zwischen Luftfahrtunternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte verliehen hat, fördert, genehmigt oder als allgemeinverbindlich erklärt.⁵²⁷ In der Rechtssache *Merci convenzionali di porto di Genova*⁵²⁸ führte Generalanwalt *van Gerven* im Anschluß an die bereits oben dargestellten allgemeinen Grundsätze aus, dass staatliche Beeinflussung, die Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten den Abschluß wettbewerbsbeschränkender vertikaler Vereinbarungen nahelegt, gegen Art. 81 EGV in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 EGV verstoßen kann.⁵²⁹ In diesem Zusammenhang sind auch die Verfahren *BNIC/Clair*⁵³⁰, *Reiff*⁵³¹, *Delta*⁵³², *DIP*⁵³³ und *Spediporto*⁵³⁴ zu erwähnen. In diesen Rechtssachen erkannte der Gerichtshof zwar auf wettbewerbswidrige und damit potentiell effizienzmindernde mitgliedstaatliche Verhaltensregulierung, lehnte aber eine staatliche Verantwortung gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV ab, da es sich bei den in Frage stehenden Unternehmen nicht um privilegierte Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV handelte und ließ auch die Anwendung von Art. 10 Abs. 2 EGV am Akzessoritätskriterium scheitern.⁵³⁵

bb) Art. 82 Abs. 1 EGV

(1) Normzweck und Norminhalt

Art. 82 Abs. 1 EGV verbietet die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. In Art. 82 Abs. 1 Satz 2 EGV werden mehrere Beispiele eines derartigen Missbrauchs hervorgehoben, zum Beispiel neben Preis- und Konditionenmissbrauch (lit. a) namentlich Diskriminierungs- und Koppelungsstrategien (lit. c und lit. d) sowie die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (lit. b).

⁵²⁶ Zuletzt EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, I-6025 (6050, Rd. 65 ff.) und EuGH, Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6144, Rd. 55 ff.), in denen der Gerichtshof jedoch eine gegen Art. 81 EGV verstoßende staatliche Regulierung ablehnte.

⁵²⁷ EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (852, Rd. 47-52; 854, Rd. 58); vgl. auch die ähnlich gelagerte Entscheidung EuGH, Rs. 311/85 (*Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*), Slg. 1987, S. 3801 (3829, Rd. 24).

⁵²⁸ EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 ff.

⁵²⁹ GA *van Gerven* in EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5917 f., Tz. 23 f.).

⁵³⁰ EuGH, Rs. 123/83 (*BNIC/Clair*), Slg. 1985, S. 391 (423, Rd. 19 f.).

⁵³¹ EuGH, Rs. C-185/91 (*Reiff*), Slg. 1993, S. I-5801 (5847, Rd. 14).

⁵³² EuGH, Rs. C-153/93 (*Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*), Slg. 1994, S. I-2517 (2530, Rd. 16 ff.).

⁵³³ EuGH, verb. Rs. C-140/94 bis 142/94 (*DIP u.a.*), Slg. 1995, S. I-3257 (3294, Rd. 15).

⁵³⁴ EuGH, Rs. C-96/94 (*Centro Servizi Spediporto*), Slg. 1995, S. I-2883 (2910, Rd. 21).

⁵³⁵ Zu diesen Entscheidungen auch Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, B. Art. 37, 90 EGV, Rd. 44-46.

(a) Marktbeherrschende Stellung

Eine marktbeherrschende Stellung kennzeichnet nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁵³⁶ die wirtschaftliche Machtstellung, die ein Unternehmen in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt⁵³⁷ zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten. Die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens äußert sich in erster Linie in seiner Fähigkeit, die Preise zu bestimmen und die Produktion und die Verteilung zu kontrollieren.⁵³⁸ Eine völlige Ausschaltung des Wettbewerbs, beispielsweise durch ein Monopol oder Quasimonopol⁵³⁹, ist hierfür zwar hinreichende, aber nicht notwendige Voraussetzung.⁵⁴⁰

(b) Kollektiv beherrschend

Kollektiv beherrschend im Sinne von Art. 82 Abs. 1 EGV ist eine Gruppe von Unternehmen nach der Rechtsprechung des EuGH⁵⁴¹ dann, wenn diese Unternehmen so eng miteinander verbunden sind, dass sie nach außen auf dem Markt gemeinsam in gleicher Weise wie ein einzelmarktbeherrschendes Unternehmen vorgehen können und wenn außerdem zwischen den Gruppenmitgliedern substantieller Binnenwettbewerb fehlt.⁵⁴² Gemeinsame Marktbeherrschung kommt daher regelmäßig bei Kartellen oder anderen gemeinschaftsrechtswidrigen Vereinbarungen im Sinne von Art. 81 EGV in Betracht, während ein Oligopol nach Ansicht der Kommission⁵⁴³ nur dann eine kollektiv beherrschende Stellung begründet, wenn es nicht nur auf rein tatsächlichem Parallelverhalten in „enger Reaktionsverbundenheit“⁵⁴⁴ beruht, sondern das Verhalten der oligopolistischen Unternehmen, zum Beispiel durch enge Zusammenarbeit beim Einkauf, Kontingentierung der Produktion, Preisgestaltung und ähnlichem kollusiv festgelegt wird.

⁵³⁶ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 27/76 (*United Brands/Kommission*), Slg. 1978, S. 207 (286, Rd. 63/66); EuGH, Rs. 85/76 (*Hoffmann-La Roche/Kommission*), Slg. 1979, S. 461 (520, Rd. 38); EuGH, Rs. 30/87 (*Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*), Slg. 1988, S. 2479 (2514, Rd. 26).

⁵³⁷ Zur Bestimmung des räumlich, zeitlich und sachlich relevanten Markts Emmerich, V., *Kartellrecht*, 1999, S. 447 ff.

⁵³⁸ Vgl. hierzu die umfangreichen Nachweise bei Dirksen, D., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1, Art. 86 EGV, Rd. 57 und Schröter, H., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, Art. 86, Rd. 59 ff. m.w.N.

⁵³⁹ Während ein Monopol eine Marktsituation beschreibt, in der überhaupt kein Wettbewerb herrscht, wird der Begriff des Quasimonopols synonym mit einer Situation, in der *wesentlicher* Wettbewerb fehlt, verwendet.

⁵⁴⁰ Weiß, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 82 EGV, Rd. 7.

⁵⁴¹ Vgl. EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1520, Rd. 42); EuGH, Rs. C-96/94 (*Centro Servizi Spediporto*), Slg. 1995, S. I-2883 (2912, Rd. 33); EuGH, verb. Rs. C-140/94 bis 142/94 (*DIP u.a.*), Slg. 1995, S. I-3257 (3296 f., Rd. 26 f.).

⁵⁴² Definition nach Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Kartellrecht*, 1999, § 35, Rd. 127; vgl. auch Dirksen, D., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1, Art. 86 EGV, Rd. 59 ff.

⁵⁴³ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 02.01.1973 (*Europäische Zuckerindustrie*), ABl. EG 1973 Nr. L 140/17, S. 38 ff.

⁵⁴⁴ Dies reicht nach der wohl hM in der Literatur bei engen Oligopolen zur Begründung kollektiver Marktbeherrschung aus, vgl. ausführliche Nachweise bei Schröter, H., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, Art. 86, Rd. 68 f. m.w.N.; Dirksen, D., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1, Art. 86 EGV, Rd. 59 ff.; aA wie die Europäische Kommission dagegen Weiß, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 82 EGV, Rd. 20.

(c) Wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes

Des weiteren verlangt Art. 82 Abs. 1 EGV, dass sich die beherrschende Stellung auf den Gemeinsamen Markt oder einen wesentlichen Teil desselben erstreckt.⁵⁴⁵ Da es nur verhältnismäßig selten vorkommt, dass ein Unternehmen oder mehrere Unternehmen den gesamten Gemeinsamen Markt beherrschen⁵⁴⁶, konzentriert sich in der wettbewerbsrechtlichen Praxis die Frage darauf, ob die beherrschende Stellung einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes umfaßt. Letzteres ist nicht allein anhand räumlicher Dimensionen zu klären, sondern muss nach allgemeiner Meinung⁵⁴⁷ auch Bevölkerungszahl, Kaufkraft sowie Struktur und Umfang der Produktion und des Verbrauchs auf dem sachlich relevanten Markt berücksichtigen. So haben Kommission der Europäischen Gemeinschaften und Gerichtshof in der Vergangenheit schon das Gebiet mehrerer Mitgliedstaaten⁵⁴⁸, einzelne Mitgliedstaaten⁵⁴⁹, einzelne größere Regionen unabhängig von Landesgrenzen⁵⁵⁰, aber sogar auch einzelne Seehäfen⁵⁵¹ und Flughäfen⁵⁵² als Märkte qualifiziert, die einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen. Die Rechtsprechung des Gerichtshof zu diesem Tatbestandsmerkmal läßt sich dahingehend zusammenfassen, dass ein Unternehmen eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes dann innehat, wenn es in der Lage ist, einen wirksamen Wettbewerb auf einem bedeutenden Teil des relevanten Marktes zu verhindern.⁵⁵³

⁵⁴⁵ EuGH, Rs. 27/76 (*United Brands/Kommission*), Slg. 1978, S. 207 (285, Rd. 57); EuGH, Rs. 85/76 (*Hoffmann-La Roche/Kommission*), Slg. 1979, S. 461 (515 ff., Rd. 22, 68).

⁵⁴⁶ Vgl. umfassende Nachweise bei Schröter, H., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, Art. 86, Rd. 128, FN 557.

⁵⁴⁷ Ausführlich Dirksen, D., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1, Art. 86 EGV, Rd. 67 ff. m.w.N.; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 129; Schröter, H., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EGV*, Art. 86, Rd. 128 ff. m.w.N.; Weiß, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 82 EGV, Rd. 22.

⁵⁴⁸ Europäische Kommission, Entscheidung vom 02.01.1973 (*Europäische Zuckerindustrie*), ABl. EG 1973 Nr. L 140/17 (38); bestätigt durch EuGH, Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114/73 (*Suiker Unie u.a./Kommission*), Slg. 1975, S. 1663 (1995, Rd. 375).

⁵⁴⁹ Z.B. Deutschland, Belgien, Frankreich, Niederlande, Vereinigtes Königreich, Italien, Griechenland, Spanien, vgl. umfassende Nachweise bei Dirksen, D., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1, Art. 86 EGV, Rd. 70.

⁵⁵⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 02-01.1973 (*Europäische Zuckerindustrie*), ABl. EG 1973 Nr. L 140/17 (39); bestätigt durch EuGH, Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114/73 (*Suiker Unie u.a./Kommission*), Slg. 1975, S. 1663 (2011 ff., Rd. 441/442 ff.).

⁵⁵¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 21.12.1993 (*Hafen von Rødby*), ABl. EG 1994 Nr. L 55/52; EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5928, Rd. 15); EuGH, Rs. C-18/93 (*Corsica Ferries*), Slg. 1994, S. I-1783 (1824, Rd. 41); EuGH, Rs. C-163/96 (*Raso u.a.*), Slg. 1998, S. I-533 (578, Rd. 23); EuGH, Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries France*), Slg. 1998, S. I-3949 (3994, Rd. 38).

⁵⁵² Europäische Kommission, Entscheidung vom 14.01.1998 (*Flughafen Frankfurt a.M.*), ABl. EG 1988 Nr. L 72/30 (90, Tz. 98); dieselbe, Entscheidung vom 11.06.1998 (*Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*), ABl. EG 1998 Nr. L 230/10 ff.

⁵⁵³ EuGH, Rs. 40/70 (*Sirena/Eda*), Slg. 1971, S. 69 (84, Rd. 16); EuGH, Rs. 78/70 (*Deutsche Grammophon/Metro*), Slg. 1971, S. 487 (501, Rd. 17).

(2) Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten

Unter den verschiedenen Ursachen der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 EGV verdienen staatliche Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen Beachtung, sofern sie die Ausschaltung oder Beschränkung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt hervorrufen oder begünstigen.

(a) Art. 10 Abs. 2, 3 Abs. 1 lit. g) iVm Art. 82 EGV

Nach der Rechtsprechung des EuGH⁵⁵⁴ kommen wettbewerbsrechtliche Verstöße der Mitgliedstaaten über Art. 10 Abs. 2, 3 Abs. 1 lit g) in Verbindung mit Art. 82 EGV aufgrund des subsidiären Charakters von Art. 10 Abs. 2 EGV gegenüber Art. 86 Abs. 1 EGV nur selten in Betracht⁵⁵⁵ und sind regelmäßig nur dann begründet, wenn der Mitgliedstaat es versäumt, ein gegen Art. 82 Abs. 1 EGV verstoßendes Verhalten zu unterbinden. Diese Fallgruppe ist beispielsweise dann gegeben, wenn eine staatliche Maßnahme zur Erlangung einer Missbrauch begünstigenden marktbeherrschenden Stellung eines oder mehrerer Unternehmen führt, denen keine ausschließlichen oder besonderen Rechte im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV verliehen worden sind, und diese Unternehmen nach dem Akzessoritätsgrundsatz die beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen.⁵⁵⁶

(b) Art. 86 Abs. 1 iVm Art. 82 EGV

In der Praxis weitaus häufiger sind Fälle, in denen staatliche Sonderrechte in Bezug auf Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV einen Missbrauch erzwingen. Im Zusammenhang mit der Gewährung und Aufrechterhaltung ausschließlicher Rechte hat der Gerichtshof auf der Grundlage dieser Vorschriftenkombination eine detaillierte Rechtsprechung zur Frage der Rechtmäßigkeit und Rechtfertigungsbedürftigkeit von Monopolen entwickelt, deren Grundsätze mutatis mutandis auch für Unternehmen mit besonderen Rechten (Oligopole) im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV gelten.

⁵⁵⁴ Vgl. nur EuGH, Rs. C-96/94 (*Centro Servizi Spediporto*), Slg. 1995, S. I-2883 (2911, Rd. 31 ff.); EuGH, verb. Rs. C-140/94 bis 142/94 (*DIP u.a.*), Slg. 1995, S. I-3257 (3297, Rd. 24 ff.); .

⁵⁵⁵ Da ausschließliche Rechte zwar nicht zwangsläufig, aber regelmäßig ein Monopol begründen, das wiederum regelmäßig dem Monopolunternehmen eine beherrschende Stellung iSd Art. 82 EGV verleiht, ist in der Praxis nur die Vorschriftenkombination Art. 86 Abs. 1 iVm Art. 82 Abs.1 EGV von Belang. Zudem hat der Gerichtshof noch in keiner Entscheidung einen Verstoß der Mitgliedstaaten gegen Art. 10 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV, 82 EGV angenommen

⁵⁵⁶ Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, B. Art. 37, 90 EGV, Rd. 47; zwar hat der EuGH zum Akzessoritätskriterium hinsichtlich staatlicher Verantwortung gem. Art. 82 EGV noch nicht Stellung genommen. Allerdings ist davon auszugehen, dass hierbei dieselben Grundsätze wie bei Art. 81 EGV iVm Art. 10 II, 3 I lit. g) EGV zur Anwendung kommen, da sonst wegen der Gefahr eines Missbrauchs, „die mit jeder Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung theoretisch verbunden ist, eine allgemeine Gefährdungsverantwortlichkeit, deren Umfang sogar diejenige der staatlichen Verantwortlichkeit nach der spezielleren Norm des [86] Abs. 1 iVm Art. 82 EGV überträfe. Dies wäre insofern systemwidrig, als der Staat für Unternehmen iSd Art. [86] Abs. 1 EGV kraft seiner beherrschenden Stellung in diesen Unternehmen oder Kraft der Gewährung ausschließlicher oder besonderer Rechte mehr Verantwortung hat als für andere Unternehmen“, vgl. Dohms, R., in: Wiedemann, G., *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 195.

Gewährt der Staat ein ausschließliches Recht gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV, ist damit zwar nicht zwangsläufig⁵⁵⁷, aber regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 EGV verbunden, was den EuGH⁵⁵⁸ in seiner neueren Rechtsprechung dazu veranlaßt hat, immer mehr auf eine ökonomische Marktanalyse zu verzichten und die Innehabung eines ausschließlichen Rechts praktisch mit der Innehabung einer marktbeherrschenden Stellung gleichzusetzen.⁵⁵⁹

Während bis Anfang der neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts im Lichte der *Sacchi*-Entscheidung des EuGH⁵⁶⁰ die Verleihung und Aufrechterhaltung wettbewerbsbeschränkender staatlicher Sonderrechte an Unternehmen gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV in weitem Umfang gemeinschaftsrechtlich legitimiert war, setzte ab 1991 mit der Entscheidung in der Rechtssache *Höfner & Elser*⁵⁶¹ parallel zur *Telekommunikations-Endgeräte*-Entscheidung des EuGH⁵⁶² hinsichtlich der Vereinbarkeit staatlicher Sonderrechte im Wettbewerb mit den Grundfreiheiten eine komplizierte und teilweise widersprüchliche Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Rechtmäßigkeit und Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlich regulierter Monopole mit Art. 82 Abs. 1 EGV ein, die im folgenden systematisiert dargestellt werden soll.

Der EuGH unterscheidet hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit mitgliedstaatlich privilegierter Unternehmen mit Art. 82 Abs. 1 EGV zunächst danach, ob es sich bei dem in Frage stehenden Sachverhalt um die Fallgruppe der Schaffung und Aufrechterhaltung von Monopolen oder um die Ausdehnung eines Monopols in neue Wirtschaftsbereiche handelt. Hinsichtlich beider Fallgruppen gelten grundsätzlich dieselben drei Grundsätze: Erstens ist seit der *Telekommunikations-Endgeräte*-Entscheidung des EuGH davon auszugehen, dass aus der Existenz von Art. 86 Abs. 1 EGV nicht zwangsläufig folgt, dass „alle besonderen und ausschließlichen Rechte notwendigerweise mit dem Vertrag vereinbar sind. Dies hängt vielmehr von der einzelnen Vorschrift ab, auf die Art. [86] Abs. 1 verweist.“⁵⁶³ Zweitens ist

⁵⁵⁷ Mestmäcker, E.-J., *Staat und Unternehmen im Europäischen Gemeinschaftsrecht – Zur Bedeutung von Art. 90 EWGV*, RabelsZ 1988, S. 526 (557).

⁵⁵⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-18/88 (*GB-INNO-BM*), Slg. 1991, S. I-5941 (5979, Rd. 17); EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979, (2018, Rd. 28); EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925, (2961, Rd. 31); EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5928, Rd. 14); EuGH, Rs. C-18/93 (*Corsica Ferries*), Slg. 1994, S. I-1783 (1824, Rd. 39 ff.); EuGH, Rs. C-323/93 (*Centre d'insémination de la Crespelle*), Slg. 1994, S. I-5077 (5104, Rd. 17); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7149, Rd. 30); EuGH, Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries France*), Slg. 1998, S. I-3949 (3995, Rd. 40); EuGH, Urteil vom 10.02.2000, verb. Rs. C-147/97 und C-148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 38, 57 (noch nicht in Slg.); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5890, Rd. 91).

⁵⁵⁹ Kritisch Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, C. Art. 37, 90 EGV, Rd. 51; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 128.

⁵⁶⁰ EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 ff.; vgl. hierzu oben unter V.1.c)bb)(2)(a).

⁵⁶¹ EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 ff.

⁵⁶² EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 ff.

⁵⁶³ EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 (1265, Rd. 22); bestätigt durch EuGH, Rs. C-353/89 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1991, S. I-4069 (4098, Rd. 34); zahlreiche weitere Rspr.-Nachweise bei Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 82 EGV, Rd. 64.

im Hinblick auf Art. 82 Abs. 1 EGV nach ständiger Rechtsprechung des EuGH⁵⁶⁴ die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne dieser Vorschrift durch staatliche Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV als solche allein noch nicht grundsätzlich mit Art. 82 Abs. 1 EGV unvereinbar. Drittens dürfen staatliche Sonderrechte im Wettbewerb aber nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs⁵⁶⁵ in der Form von Art. 86 Abs. 1 EGV nicht getroffen oder beibehalten werden, wenn dadurch die Wirkung des Art. 82 Abs. 1 EGV ausgeschaltet werden könnte.

(aa) Schaffung und Aufrechterhaltung von Monopolen

Ausgehend von diesen drei Grundsätzen konzentrieren sich bei der Schaffung und Aufrechterhaltung von Monopolen die Streitfragen im wesentlichen auf die Konkretisierung des zweiten und insbesondere des dritten Grundsatzes. In den Rechtssachen *Höfner & Elser* und *Job Centre* bestätigte der EuGH zunächst den zweiten Grundsatz⁵⁶⁶ und entschied in Bezugnahme auf den dritten Grundsatz, dass ein Mitgliedstaat durch die Verleihung ausschließlicher Rechte nicht eine Lage schaffen dürfe, in der ein Unternehmen zwangsläufig gegen Art. 82 EGV verstößt.⁵⁶⁷ Auf der selben Linie liegen auch die neueren Urteile des Gerichtshofs in den Rechtssachen *Crespelle*⁵⁶⁸, *Banchero*⁵⁶⁹, *Raso*⁵⁷⁰ und zuletzt *FFAD*⁵⁷¹, in denen der Gerichtshof ausführte, dass staatlich verliehene Monopolrechte nur dann gegen Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 82 EGV verstoßen, wenn das betreffende Unternehmen durch die unmittelbare Ausübung des ihm übertragenen ausschließlichen Rechts seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt.

Da staatliche Verantwortlichkeit gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV nicht akzessorisch zur tatsächlichen Verwirklichung eines Missbrauchstatbestands ist, können staatliche Wettbewerbsbeschränkungen auch unabhängig von dem Auftreten eines mißbräuchlichen Unternehmenverhaltens gegen Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 82 EGV verstoßen. In

⁵⁶⁴ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 (430 f., Rd. 14); EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2018, Rd. 29); EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925, (2962, Rd. 32); EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5928, Rd. 16); EuGH, verb. Rs. C-271/90, C-281/90 und C-289/90 (*Spanien u.a./Kommission*), Slg. 1992, S. I-5833 (5868, Rd. 35); EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, (2567, Rd. 11); EuGH, Rs. C-323/93 (*Centre d'insémination de la Crespelle*), Slg. 1994, S. I-5077 (5104, Rd. 18); EuGH, Rs. C-387/93 (*Banchero*), Slg. 1995, S. I-4663 (4699, Rd. 51); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7149, Rd. 31); EuGH, Rs. C-203/96 (*Dusseldorp u.a.*), Slg. 1998, S. I-4075 (4131, Rd. 61).

⁵⁶⁵ EuGH, Rs. 30/87 (*Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*), Slg. 1988, S. 2479 (2517, Rd. 34), EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2017, Rd. 26); EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925, (2962, Rd. 35); EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, (2567, Rd. 11); EuGH, Rs. C-242/95 (*GT-Link/DSB*), Slg. 1997, S. I-4453 (4464, Rd. 33); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7148, Rd. 28); EuGH, Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries France*), Slg. 1998, S. I-3949 (3995, Rd. 40); EuGH, Urteil v. 10.02.2000, verb. Rs. C-147/97 und C-148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 39 f. (noch nicht in Slg.).

⁵⁶⁶ EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2018, Rd. 29); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7149 f., Rd. 31-35).

⁵⁶⁷ EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2017, Rd. 26 f.); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7148, Rd. 28 f.).

⁵⁶⁸ EuGH, Rs. C-323/93 (*Centre d'insémination de la Crespelle*), Slg. 1994, S. I-5077 (5104, Rd. 18).

⁵⁶⁹ EuGH, Rs. C-387/93 (*Banchero*), Slg. 1995, S. I-4663 (4699, Rd. 51).

⁵⁷⁰ EuGH, Rs. C-163/96 (*Raso*), Slg. 1998, S. I-533 (580, Rd. 32).

⁵⁷¹ EuGH, Urteil v. 23.05.2000, Rs. C-209/98 (*FFAD*), Rd. 66 f. (noch nicht in Slg.).

den Verfahren *ERT* und *Merci Convenzionali Porto di Genova* entschied der EuGH, dass die Schaffung und Aufrechterhaltung staatlicher Sonderrechte für bestimmte Unternehmen im Wettbewerb sogar dann gegen Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 82 EGV verstößt, wenn durch sie eine im Einzelfall hinreichend konkretisierte Wahrscheinlichkeit geschaffen wird, dass das begünstigte Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 82 EGV missbraucht.⁵⁷² Um sich nicht in Widerspruch zu seinem zweiten Grundsatz zu setzen, hat der Gerichtshof in diesen Verfahren eine enge Auslegung gewählt und eine rein abstrakte Missbrauchsmöglichkeit nicht genügen lassen. In seinen Entscheidungen in den Rechtssachen *Banchemo* und *Raso* hat der EuGH diese Auslegung noch weiter eingengt, indem er staatliche Sonderrechte nur dann als mit Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 82 EGV unvereinbar ansieht, wenn hierdurch „das betreffende Unternehmen [schon] durch die bloße Ausübung des ihm übertragenen ausschließlichen Rechts dazu veranlaßt wird, seine beherrschende Stellung mißbräuchlich auszunutzen.“⁵⁷³

(bb) Ausdehnung des Monopols in neue Wirtschaftsbereiche

Betreffend der Ausdehnung eines Monopols in neue Wirtschaftsbereiche⁵⁷⁴ gelten hinsichtlich der Rechtmäßigkeit ausschließlicher Rechte im Hinblick auf Art. 82 EGV grundsätzlich die gleichen Beurteilungsmaßstäbe wie in der ersten Fallgruppe, da die staatlich vorgenommene Ausdehnung eines Monopols auf einen separaten Markt der Neuschaffung eines Monopols gleichsteht, sich regelmäßig derselben Instrumente bedient und dazu führt, dass im sachlich relevanten Markt der Wettbewerb vollständig ausgeschaltet wird.⁵⁷⁵

In seinen 1991 und 1992 getroffenen Urteilen in den Rechtssachen *GB-INNO-BM* und *Telekommunikationsdienste* stellte der EuGH allerdings in völliger Abkehr von seinem zweiten allgemeinem Grundsatz die Formel auf, dass die Ausdehnung eines durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts in einem Markt geschaffenen Monopols auf einen benachbarten, separaten Markt ohne objektive Rechtfertigung per se durch Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 82 EGV verboten sei und nur gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt werden könne.⁵⁷⁶ Diese beiden Urteile stellen im Vergleich zu den oben unter der ersten Fallgruppe geschilderten Entscheidungen insofern einen Paradigmenwechsel dar, als der EuGH schon tatbestandlich, unabhängig vom tatsächlich oder potentiell mißbräuchlichen Verhalten des regulierten Unternehmens, eine Rechtfertigungspflicht für Monopolunternehmen etabliert und damit eine Beweislastumkehr zu Lasten der Mitgliedstaaten⁵⁷⁷ vorgenommen hat. In Anlehnung an diese neue Sichtweise weitete der

⁵⁷² EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925, (2962, Rd. 37); EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convenzionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5929, Rd. 17, 19);

⁵⁷³ EuGH, Rs. C-387/93 (*Banchemo*), Slg. 1995, S. I-4663 (4699, Rd. 51); ähnlich EuGH, Rs. C-163/96 (*Raso*), Slg. 1998, S. I-533 (580, Rd. 27 ff.).

⁵⁷⁴ Eine ausführliche Zusammenstellung der rechtstatsächlichen Erscheinungsformen dieser Fallgruppe findet sich bei Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 82 EGV, Rd. 84 bis 90.

⁵⁷⁵ Schlußanträge von GA Tesaro in EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, (2555, Tz. 14); Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 131.

⁵⁷⁶ EuGH, Rs. C-18/88 (*GB-INNO-BM*), Slg. 1991, S. I-5941 (5981, Rd. 24); EuGH, verb. Rs. C-271/90, C-281/90 und C-289/90 (*Spanien u.a./Kommission*), Slg. 1992, S. I-5833 (5868, Rd. 36).

⁵⁷⁷ Hierzu Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 158.

EuGH 1993 in seinem Urteil *Corbeau* die allgemeine Rechtfertigungspflicht⁵⁷⁸ sogar auf die oben geschilderte erste Fallgruppe der Schaffung und Ausdehnung von Monopolen aus und präzisierte die beiden vorangegangenen Urteile *GB-INNO-BM* und *Telekommunikationsdienste* insofern, als ein völliger Ausschluß des Wettbewerbs durch staatliche Sonderrechte außerhalb von Art. 86 Abs. 2 EGV unter keinem Gesichtspunkt und nach keiner anderen Vorschrift des Gemeinschaftsrechts zu rechtfertigen sei.⁵⁷⁹

Wie soeben unter (aa) ausgeführt, führt die Rechtsprechung des EuGH nach 1993 die in der *Corbeau*-Entscheidung etablierte allgemeine Rechtfertigungspflicht für die erste Fallgruppe der Schaffung und Aufrechterhaltung von Monopolen zunächst nicht fort. Ansonsten ist jedoch davon auszugehen, dass der EuGH die in der *GB-INNO-BM*-, *Telekommunikationsdienste*- und *Corbeau*-Entscheidung etablierte allgemeine Rechtfertigungspflicht hinsichtlich der zweiten Fallgruppe, der Ausdehnung eines staatlichen Monopols in neue Wirtschaftsbereiche, aufrecht erhält.

(cc) Stellungnahme

Im einzelnen ist die Reichweite der wettbewerbsrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 82 EGV noch nicht endgültig geklärt. Auch wenn der EuGH in seinen neuesten Urteilen⁵⁸⁰ seine kombinierte Formel bestätigt, wonach mitgliedstaatlich verliehene Monopolrechte nur dann gegen Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 82 EGV verstoßen, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt, oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der das regulierte Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht, bleibt abzuwarten, ob der Gerichtshof nicht wieder zur *Corbeau*-Doktrin der generellen Rechtfertigungsbedürftigkeit von staatlichen Monopolen im Rahmen von Art. 82 EGV in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 EGV zurückfindet, so wie es von zahlreichen Stimmen in der Literatur⁵⁸¹ und Generalanwalt *Tesauro*⁵⁸² in seinen Schlußanträgen zur Rechtssache *Corbeau* gefordert wird.

⁵⁷⁸ EuGH, Rs. C- 320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, (2568, Rd. 13 f.).

⁵⁷⁹ EuGH, Rs. C- 320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, (2569, Rd. 19).

⁵⁸⁰ Ausdrücklich EuGH, Rs. C-163/96 (*Raso*), Slg. 1998, S. I-533 (579, Rd. 27); EuGH, Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries France*), Slg. 1998, S. I-3494 (3995, Rd. 40); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5890, Rd. 93); EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6057, Rd. 93); EuGH, Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6151, Rd. 83); EuGH, Urteil v. 10.02.2000, verb. Rs. C-147/97 und C-148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 61 (noch nicht in Slg.); EuGH, Urteil v. 23.05.2000, Rs. C-209/98 (*FFAD*), Rd. 66 ff. (noch nicht in Slg.).

⁵⁸¹ Papaconstantinou, H., *Free trade and competition in the EEC: law, policy and practice*, 1988, S. 74; Temple Lang, J., *Community Antitrust Law and Government Measures relating to Public and Privileged Enterprises: Article 90 EEC Treaty*, in: Hawk, B. (Hrsg.), *Antitrust & Trade Policies in the European Economic Community*, 1984, S. 543 (573); ders., *Community Antitrust Law and National Regulatory Procedures*, in: Hawk, B. (Hrsg.), *International Antitrust Law & Policy*, 1997, S. 297 (305); Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 178; in diese Richtung auch Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 81 m.w.N.

⁵⁸² GA Tesauro, Schlußanträge zu EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533 (2555 f., Tz. 14).

Hiergegen sprechen jedoch einige gewichtige Argumente. Es mutet widersprüchlich an, aus Art. 86 Abs. 1 EGV zunächst kein grundsätzliches Verbot ausschließlicher und besonderer Rechte abzuleiten, solange sie nicht mit den Binnenmarktregeln konfliktieren, und dann zu erklären, dass ausschließliche Rechte schon kraft Natur der Sache unzulässig sind, weil sie gegen Art. 82 EGV verstoßen.⁵⁸³ Zwar ist es richtig, dass jeder Verleihung von ausschließlichen oder besonderen Rechten ein Missbrauchspotential inhärent ist.⁵⁸⁴ Allerdings indiziert der Wortlaut des Art. 86 Abs. 1 EGV, dass aus einer nur abstrakten Konfliktmöglichkeit mit den Binnenmarktregeln noch keine prinzipielle Unvereinbarkeit staatlich verliehener Monopolrechte folgen kann. Dies wird durch die Rechtsprechung des EuGH bestätigt, der zur Frage eines nur potentiellen Verstoßes staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen gegen die Grundfreiheiten⁵⁸⁵ oder die Wettbewerbsregeln⁵⁸⁶ in ständiger Rechtsprechung eine konkrete, im Einzelfall substantiiert nachgewiesene Konfliktgefahr fordert. Auch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vertritt seit Ende der achtziger Jahre die Auffassung, dass ausschließliche und besondere Rechte nicht schon kraft Natur der Sache, sondern nur dann mit Art. 82 EGV unvereinbar sind, wenn sie zwangsläufig „zum Missbrauch einer beherrschenden Stellung führen“ und durch keine sachlichen Gründe gerechtfertigt werden können.⁵⁸⁷

Die Theorie der grundsätzlichen Unzulässigkeit von besonderen und ausschließlichen Rechten außerhalb des Art. 86 Abs. 2 EGV erkennt zudem, dass es in der Realität zahlreiche Wirtschaftsbereiche mit oligopolistischer oder monopolistischer Marktstruktur (sog. natürliche Monopole) gibt, bei denen wettbewerbsbeschränkende staatliche Eingriffe notwendig sein können, um ineffiziente Produktion oder das Angebot einer unteroptimalen Menge an Gütern zu überhöhten Preisen zum Schutz vor gesamtwirtschaftlichen Verlusten

⁵⁸³ Zustimmend auch Edward/Hoskins, *Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections arising from the XVI FIDE Conference*, CMLR 1995, S. 157 (164), die des weiteren ausführen: „Such an approach appears to be inconsistent with the wording of Article [86] (2), which presupposes the legality of legal monopolies while regulating the conditions under which they may operate.“ Ähnlich Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II., Rd. 67.

⁵⁸⁴ So insbesondere Meyring, S., *When is a Statutory Monopoly contrary to the E.C. Treaty?*, ELR 1998, S. 364 (369); Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 82 EGV, Rd. 74; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 178.

⁵⁸⁵ Ausdrücklich EuGH, verb. Rs. C-418/93 bis C-421/93 u.a. (*Semeraro Casa Uno u.a.*), Slg. 1996, S. 2975 (3009, Rd. 32): „Zu Art. [43] EGV genügt die Feststellung, dass [...] die beschränkenden Wirkungen, die die streitige Regelung für die Niederlassungsfreiheit haben könnte, zu ungewiß und zu mittelbar sind, als dass die in ihr aufgestellte Verpflichtung als geeignet angesehen werden könnte, diese Freiheit zu behindern.“; vgl. auch EuGH, Rs. C-69/88 (*Krantz*), Slg. 1990, S. I-583 (597, Rd. 11); EuGH, Rs. C-93/92 (*CMC Motorradcenter*), Slg. 1993, S. I-5009 (5021, Rd. 11 ff.).

⁵⁸⁶ EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925, (2962, Rd. 37); EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convenzionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5929, Rd. 17, 19); EuGH, Rs. C-387/93 (*Banchero*), Slg. 1995, S. I-4663 (4699, Rd. 51); ähnlich EuGH, Rs. C-163/96 (*Raso*), Slg. 1998, S. I-533 (580, Rd. 27 ff.); ausdrücklich EuGH, Urteil v. 23.05. 2000, Rs. C-209/98 (*FFAD*), Rd. 82: „Im übrigen findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass das im vorliegenden Fall eingeräumte Ausschließlichkeitsrecht die betreffenden Unternehmen zu einer mißbräuchlichen Ausnutzung ihrer Stellung zwingt.“

⁵⁸⁷ Vgl. z.B. Europäische Kommission, 24. *Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1994, 1995*, S. 134, Tz. 216 Abs. 3; dieselbe, 23. *Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1993, 1994*, S. 244, Tz. 372; weitere Nachweise bei Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 51. Verkürzte Darstellung und falsche Schlußfolgerung dagegen bei Grill, G., in: Lenz, C. (Hrsg.), *EGV*, 1999, Art. 86, Rd. 18.

und zur Sicherung der Effizienz der Märkte zu verhindern.⁵⁸⁸ Auch allein aus der Tatsache, dass kein sachlich gerechtfertigter Differenzierungsgrund für die Ungleichbehandlung der nach der Rechtsprechung des EuGH rechtfertigungsbedürftigen Ausdehnung und nicht rechtfertigungsbedürftigen Errichtung und Aufrechterhaltung eines Monopols ersichtlich sei, lässt sich kein Argument zugunsten einer allgemeinen Rechtfertigungsbedürftigkeit von staatlichen Monopolen im Rahmen des Art. 82 EGV ableiten.⁵⁸⁹ Die Ungleichbehandlung der beiden Fallgruppen in der Rechtsprechung macht allein die Unsicherheit des Gerichtshofs offensichtlich, in der Frage der Vereinbarkeit staatlicher Monopole mit den Binnenmarktregeln zu einer widerspruchsfreien und in sich stimmigen Lösung zu finden. Angesichts der Tatsache, dass sich ohnehin in vielen Fallgruppen Begründung, Ausübung, Verstärkung und Ausdehnung von Monopolen nur mit größten Schwierigkeiten voneinander trennen lassen, ist aus wettbewerbspolitischen Gründen tatsächlich nur eine einheitliche Betrachtungsweise sinnvoll.⁵⁹⁰ Hiervon ausgehend erscheint allerdings allein die alte und neue Rechtsprechung des Gerichtshofs, die die Vereinbarkeit staatlicher Monopole mit den Wettbewerbsregeln im konkreten Einzelfall anhand der kombinierten Formel ermittelt, mit dem Wortlaut und der Systematik der Bestimmungen des EG-Vertrags vereinbar und daher zustimmungswürdig.

VI. Ergebnis von Teil 2

Die vorstehende Untersuchung hat deutlich gemacht, dass eine pauschale Antwort auf die Frage der Vereinbarkeit staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen mit den Binnenmarktregeln nicht möglich ist, sondern regelmäßig allein von der spezifischen Wirkung des jeweiligen Regulierungsinstruments abhängt und nach der im Einzelfall gewählten Vertragsvorschrift differieren kann.

Stellt man richtigerweise allein auf die Wirkung einer unternehmensbezogenen staatlichen Wettbewerbsbeschränkung gegenüber den Binnenmarktregeln ab, so erscheint es ausgeschlossen, einzelne Maßnahmentypen aufzulisten und sie für generell vereinbar oder unvereinbar mit dem Integrationsgebot der Grundfreiheiten oder den Wettbewerbsregeln zu erklären.⁵⁹¹ Vielmehr ist in jedem Einzelfall jeder staatliche Eingriff in den Wettbewerb auf seine Belastungswirkungen und Rechtfertigungen zu untersuchen.⁵⁹² Allerdings lassen sich einige wichtige allgemeingültige Grundsätze für die wettbewerbsrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten im Europäischen Binnenmarktrecht formulieren:

⁵⁸⁸ Ebenso Edward/Hoskins, *Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections arising from the XVI FIDE Conference*, CMLR 1995, S. 157 (164).

⁵⁸⁹ So aber Dohms, R., in: Wiedemann, G., *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 178.

⁵⁹⁰ In diesem Sinne auch Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 161 f.; Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 106 ff.; Bach, A., *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, 1992, S. 50 ff.; Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II., Rd. 67.

⁵⁹¹ Zustimmung von Wilmowsky, P., *Ausnahmebereiche gegenüber EG-Grundfreiheiten?*, EuR 1994, S. 362 (374).

⁵⁹² Ders., ebenda.

1. Keine Souveränitätsreserven aus Art. 295 EGV

Aus Art. 295 EGV lassen sich keine Souveränitätsreserven bezüglich irgendeiner Form staatlicher Eingriffe in den Wettbewerb ableiten. Zwar räumt Art. 295 EGV den Mitgliedstaaten das Recht ein, allein über Regulierung, Deregulierung oder Re-Regulierung zu entscheiden, ohne dass damit jedoch alle Regulierungs-, Deregulierungs- oder Re-Regulierungsformen notwendigerweise mit dem EG-Vertrag vereinbar sind. Diese Frage hängt allein von den übrigen EG-Vertragsvorschriften ab, deren Geltung von Art. 295 EGV unberührt bleibt.

2. Keine Bestandsgarantie aus Art. 86 Abs. 1 EGV

Art. 86 Abs. 1 EGV ist spätestens seit der *Telekommunikations-Endgeräte*-Entscheidung des EuGH⁵⁹³ keine Bestandsgarantie ausschließlicher und besonderer Rechte zu entnehmen. Die Rechtmäßigkeit jedweder staatlicher Eingriffe in den Marktprozess, unabhängig davon, ob sie als Marktzutritts- oder Verhaltensregulierung von Unternehmen zu qualifizieren ist oder ob sie ein privilegiertes oder nichtprivilegiertes Unternehmen betrifft, richtet sich allein nach derjenigen EG-Vertragsvorschrift, deren Schutzbereich im Einzelfall betroffen ist. Die Unterscheidung zwischen Errichtung, Bestand und Ausübung staatlicher Sonderrechte im Wettbewerb wird dadurch hinfällig.⁵⁹⁴ Entscheidend für die Frage der Vereinbarkeit staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen mit den Binnenmarktregeln ist allein, ob die jeweilige Regulierungsform im Einzelfall mit einer Binnenmarktregel konfligiert.

3. Verbot staatlicher Handels-, Vertriebs- und Produktionsmonopole

Hinsichtlich der Vereinbarkeit staatlicher Handels-, Vertriebs- und Produktionsmonopole mit den Binnenmarktregeln läßt sich eine eindeutige Aussage treffen: Ausschließliche Ein- und Ausfuhrrechte sowie ausschließliche Vermarktungsrechte für bestimmte Handelswaren sind ihrem Inhalt nach immer diskriminierend im Sinne von Art. 31 EGV und daher abzuschaffen. Der Vorschrift ist daher entgegen ihrem Wortlaut keine Bestandsgarantie staatlicher Handelsmonopole zu entnehmen. Aus der dargestellten Rechtsprechung des EuGH zur Vereinbarkeit staatlicher Monopole mit den Grundfreiheiten im allgemeinen und der Normwirkung des Art. 43 EGV im besonderen kann außerdem abgeleitet werden, dass jedes einem Inländer gewährte Produktionsmonopol für eine wirtschaftliche Tätigkeit aufgrund seiner materiell diskriminierenden, bzw. beschränkenden Wirkung gegen Art. 43 verstößt und nur dann Bestand hat, wenn es durch einen geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestand gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

⁵⁹³ EuGH, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I-1223 (1265, Rd. 22).

⁵⁹⁴ So auch Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 201 mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

4. Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich der einzelnen Binnenmarktregeln

Hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit sonstiger staatlicher Eingriffe in den Wettbewerb mit den Binnenmarktregeln läßt sich ausgehend von den unter 1. bis 3. getroffenen Grundentscheidungen zunächst die wichtige Feststellung treffen, dass sich nach der neueren Rechtsprechung des EuGH in fundamentaler Umkehr seiner bisherigen Rechtsprechung im Rahmen des Art. 86 Abs. 1 EGV nicht nur mitgliedstaatliche Maßnahmen in Bezug auf privilegierte Unternehmen, sondern auch die Verleihung und Aufrechterhaltung von mitgliedstaatlichen Monopol- und Oligopolrechten an Unternehmen sich uneingeschränkt an den EG-Vertragsregeln überprüfen lassen muss. Allerdings findet die in Anlehnung an die *Corbeau*-Entscheidung⁵⁹⁵ in der Literatur häufig geäußerte Auffassung, mitgliedstaatliche Marktzugangsbeschränkung in Form der Verleihung ausschließlicher und besonderer Rechte an Unternehmen sei nun sogar grundsätzlich mit den Binnenmarktregeln unvereinbar und nur beim Vorliegen eines geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestandes ausnahmsweise zulässig, in der gegenwärtigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den einzelnen EG-Vertragsregeln keine Stütze.⁵⁹⁶

Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbeschränkungen hängt vielmehr vom jeweiligen Inhalt des in Frage stehenden Regulierungsinstruments und dem im Einzelfall gewählten normativen Ansatzpunkt im EG-Vertrag ab. Diese Lösung ist systemstimmig mit der Normwirkung der Art. 295 und 86 Abs. 1 EGV: Die Mitgliedstaaten sind nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung frei, Unternehmen ausschließliche und besondere Rechte zu verleihen, solange diese Rechte nicht notwendigerweise mit den Binnenmarktregeln konfliktieren. Dass diese Feststellung keineswegs banal ist, beweist schon ein Blick auf die facettenreiche Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage. *Edward/Hoskins* unterscheiden vier mögliche Ansätze zur Vereinbarkeit staatlicher Monopole mit den Binnenmarktregeln, nämlich den absolute sovereignty approach (staatliche Monopole sind immer erlaubt), den limited sovereignty approach (staatliche Monopole sind grundsätzlich erlaubt, nur im Konfliktfall mit den Binnenmarktregeln unzulässig), den absolute competition approach (staatliche Monopole sind nie erlaubt) und den limited competition approach (staatliche Monopole sind grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise erlaubt). Versucht man die Rechtsprechung des EuGH zu den Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag unter diese Ansätze zu subsumieren, so folgte der EuGH ursprünglich im Zuge der *Sacchi*-Entscheidung tendenziell seit 1974 dem absolute sovereignty approach, dann zwischen 1991-1993 im Lichte der *Corbeau*-Entscheidung eher dem limited competition approach, während er seit 1993 in ständiger Rechtsprechung den limited sovereignty approach anwendet.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ EuGH, Rs. C- 320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, (2568, Rd. 13 f.).

⁵⁹⁶ Beispielhaft sei nur an die divergierende Rechtsprechung des EuGH zur gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit nationaler Warendistributions- und Dienstleistungsmonopole im Lichte der *Keck*- und *Alpine Investments*-Entscheidungen oder an die Rspr. des EuGH zu Art. 82 iVm Art. 86 Abs. 1 EGV erinnert.

⁵⁹⁷ Anderer Ansicht unter dem Eindruck des *Corbeau*-Urteils noch Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 203, FN 975.

5. Normativer Ansatzpunkt der gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle

Letztlich stellt sich die Frage, ob staatliche Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere in der Form staatlicher Monopole, bevorzugt anhand der Grundfreiheiten oder umgekehrt anhand der Wettbewerbsregeln zu überprüfen sind, mit anderen Worten, ob hinsichtlich der Vereinbarkeit staatlicher Eingriffe in den Wettbewerb beide Normenkomplexe in einem kumulativen oder alternativen Konkurrenzverhältnis zueinander stehen. Gerichtshof und herrschende Lehre gehen stillschweigend davon aus, dass grundsätzlich beide Regelungskomplexe nebeneinander anwendbar sind⁵⁹⁸, während einige auch staatliche Monopole im Sinne einer alternativen Konkurrenz entweder primär anhand der jeweils einschlägigen Grundfreiheit⁵⁹⁹ oder umgekehrt eher anhand der Art. 81, 82 EGV überprüfen wollen.⁶⁰⁰

Zur Lösung dieser Frage kommt es auf den Sinn und Zweck der in Frage stehenden Regeln und die hinter ihnen stehenden Wertungen an.⁶⁰¹ Beide Vorschriftenkomplexe dienen zunächst als Binnenmarktregeln der Sicherung und Verwirklichung der wettbewerbsverfaßten Marktwirtschaft der Europäischen Gemeinschaft. Normzweck der Grundfreiheiten ist es, im Rahmen ihres Schutzbereichs die möglichst ungehinderte grenzüberschreitende Wahrnehmung der Privatautonomie zu ermöglichen.⁶⁰² Dagegen besteht der Zweck der Wettbewerbsregeln darin, die Effizienz der Märkte durch einen „freien, redlichen, unverfälschten und gleichzeitig wirksamen Wettbewerb“⁶⁰³ zu gewährleisten. Der zugunsten der Marktbürger durch die Grundfreiheiten geschaffene Freiheitsraum wird also durch die Zielfunktionen des Wettbewerbs bewahrt. Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln bilden daher eine systematische Einheit und können gemeinsam als Durchführungsbestimmungen der wettbewerbsverfaßten Marktwirtschaft bezeichnet werden.⁶⁰⁴ Beide sind deshalb stets zusammen anzuwenden und stehen zueinander in einem kumulativen Konkurrenzverhältnis. Für die Vereinbarkeit staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen mit den EG-Vertragsregeln folgt daraus, dass diese sich grundsätzlich sowohl anhand der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln überprüfen lassen muss. In dem Sonderfall, dass eine unternehmensbezogene staatliche Wettbewerbsbeschränkung zwar in den Anwendungsbereich beider Normenkomplexe fällt, aber entweder nur nach den Art. 81 ff.

⁵⁹⁸ Ausdrücklich EuGH, Urteil v. 10.02.2000, verb. Rs. C-147/97 und C-148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 61 (noch nicht in Slg.); vgl. zur Rspr. des EuGH auch Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II., Rd. 48-50 m.w.N.; Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 198, FN 958; für kumulative Anwendungskonkurrenz wohl auch Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 30, Rd. 336.

⁵⁹⁹ So Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 83.

⁶⁰⁰ So Edward/Hoskins, *Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections arising from the XVI FIDE Conference*, CMLR 1995 S. 157 (173 ff.).

⁶⁰¹ Vgl. zum Zusammentreffen mehrerer Rechtssätze oder Regelungen Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, S. 268 f. m.w.N.

⁶⁰² Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Vorb. zu Art. 30-37 EGV, Rd. 3.

⁶⁰³ Schröter, H., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, Band 2/I, 1999, Vorb. zu Artt. 85-94 EGV, Rd. 8 m.w.N.

⁶⁰⁴ St. Rspr. des Gerichtshofs, vgl. EuGH, Rs. 32/65 (*Italien/Rat*), Slg. 1966, S. 453 (483); EuGH, verb. Rs. 6/73 & 7/73 (*Continental Can*), Slg. 1974, S. 223 (254); EuGH, Rs. 85/76 (*Hoffmann-La Roche*), Slg. 1979, S. 461 (554); EuGH, Rs. C-339/89 (*Alsthom Atlantique*), Slg. 1991, S. I-107 (123).

oder nur den Art. 12, 28 ff. zulässig ist, muss allerdings geprüft werden, ob zwischen den in Frage stehenden Verbotsnormen ein *lex specialis* Verhältnis besteht.⁶⁰⁵

Teil 3 - Die Ausnahmeregelung des Art. 86 Abs. 2 EGV

I. Normzweck

Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten nach Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV die Vorschriften des EG-Vertrages nicht, soweit die Anwendung dieser Vertragsvorschriften die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV schränkt dies insoweit ein, als dass die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaße beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und einhelliger Meinung in der Literatur soll die Vorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV dadurch, „dass sie unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den allgemeinen Vertragsvorschriften zulässt, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Fiskalpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang bringen.“⁶⁰⁶ Insbesondere Staaten mit romanischer Rechtstradition erschien in der Vergangenheit oft die Umsetzung wirtschaftspolitischer Zielsetzungen ohne die Schaffung wettbewerbsrechtlicher Freiräume unmöglich.⁶⁰⁷ Unternehmen, die die Grundversorgung der Bevölkerung sicherstellen sollen, sind oft mit ausschließlichen oder besonderen Vorrechten im Wettbewerb gegenüber tatsächlichen oder potentiellen Konkurrenzunternehmen ausgestattet und geraten daher, wie in Teil 2 gezeigt, leicht in Konflikt mit den Binnenmarktregeln des EG-Vertrages. Art. 86 Abs. 2 EGV avanciert damit zur „zentralen Ausnahmegesetzgebung“⁶⁰⁸ für Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV, erlaubt er doch nach seinem Wortlaut ausdrücklich Ausnahmen von den EG-Vertragsregeln zur Erfüllung von bestimmten gemeinwohlorientierten Leistungen.

⁶⁰⁵ Vgl. insoweit oben unter V.1.h)dd) die Ausführungen zum Verhältnis zwischen Art. 87 Abs. 1 und Art. 28 EGV.

⁶⁰⁶ EuGH, Rs. C202/88 (*Frankreich/Kommission*), Slg. 1991, S. I1223 (1263, Rd. 12); EuGH, Rs. C157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I5699 (5779, Rd. 39); EuGH, verb. Rs. C115/97 bis C117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I6025 (6059, Rd. 103); EuGH, Rs. C67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I5751 (5892, Rd. 103); EuGH, Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6153, Rd. 93); Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86, Rd. 34; Baur, J., *Art. 90 Abs. 2 EGV und die Binnenmarktrichtlinie für Strom und Gas*, RdE 1999, S. 85 (86); Ehrlicke, U., *Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV*, EuZW 1998, S. 741 (743).

⁶⁰⁷ Vgl. hierzu schon oben (Teil 1) sowie Ehrlicke, U., *Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV*, EuZW 1998, S. 741 (746).

⁶⁰⁸ Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, 1997, S. 635 (643).

Obwohl Art. 86 Abs. 2 EGV schon seit der Schaffung des EWG-Vertrages am 25. März 1957 in diesem Vertragswerk verankert ist, vermitteln die zu seinem Verständnis verfügbaren Materialien bis heute keine Interpretationssicherheit.⁶⁰⁹ Die Vorschrift wurde auf französische Initiative⁶¹⁰ 1957 in den EWG-Vertrag eingefügt und ist Ausdruck eines Kompromisses zwischen den Benelux-Staaten, Frankreich und Italien.⁶¹¹ Während Art. 86 Abs. 2 EGV bis Anfang der neunziger Jahre ein Schattendasein geführt hat⁶¹², was maßgeblich darauf zurückzuführen ist, dass die Verleihung staatlicher Sonderrechte im Wettbewerb an Unternehmen gem. Art. 86 Abs. 1 EGV in weitem Umfang durch die Rechtsprechung des EuGH gemeinschaftsrechtlich legitimiert wurde, ist sie, seitdem der EuGH staatlich verliehene Monopol- und Oligopolrechte uneingeschränkt an den Binnenmarktregeln überprüft, in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.

II. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

1. Der Dienstleistungsbegriff in Art. 86 Abs. 2 EGV

a) Nationale Begrifflichkeiten

Obwohl das Gemeinschaftsrecht in Art. 86 Abs. 2 EGV an nationale Gemeinwohlbindungen von Unternehmen und an entsprechende Vorrechte im Wettbewerb anknüpft, macht die Entstehungsgeschichte von Art. 86 Abs. 2 EGV deutlich, dass die Vertragsparteien des EWG-Vertrags kein spezielles nationales Konzept der gemeinwohlorientierten Leistungserbringung auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene festschreiben wollten.⁶¹³ Ein wesentlicher Grund hierfür liegt darin, dass Formen und Intensität der Erbringung gemeinwohlorientierter Leistungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union teilweise einen gänzlich unterschiedlichen Inhalt haben.⁶¹⁴ Es handelt sich daher nach unstreitiger Ansicht bei dem Tatbestandsmerkmal der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse um einen genuin gemeinschaftsrechtlichen Begriff⁶¹⁵, der nicht durch die Übernahme mitgliedstaatlicher

⁶⁰⁹ Tettinger, P.J., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45; so auch schon Emmerich, V., *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, 1969, S. 438.

⁶¹⁰ Ipsen/Nicolaysen, *Öffentliche Unternehmen im Gemeinsamen Markt und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*, NJW 1964, S. 2336 (2337 f.); Möschel, W., *Das Wirtschaftsrecht der Banken*, 1972, S. 529.

⁶¹¹ Pernice, I., in: Grabitz/Hilf, (Hrsg.) *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 1; Page, A., *Member States, public undertakings and Article 90*, ELR 1982, S. 19 (20); Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H.II., Rd. 89; Rinne, A., *Die Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, 1998, S. 51.

⁶¹² Teilweise wurde Art. 86 II sogar für obsolet oder überflüssig gehalten, vgl. von Wilmowski, P., *Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag*, ZHR 1991, S. 545 (571 f.); Püttner, G., *Öffentliche Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, in: Eichhorn, P. (Hrsg.), *Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union*, 1995, S. 13 spricht von einem „Dornröschenschlaf“.

⁶¹³ Lecheler, H., *Die Versorgung mit Strom und Gas als 'service public' und die Bedeutung der service-public Doktrin für Art. 90 Abs. 2 EGV*, RdE 1996, S. 212 (215/216).

⁶¹⁴ Ebenso Bala, A., *Art. 90 Abs. 2 EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 30; Emmerich, V., *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, 1969, S. 449; hierzu auch ders., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H.II., Rd. 146.

⁶¹⁵ Vgl. EuGH, Rs. 41/83 (*Italien/Kommission*), Slg. 1985, S. 873 (888, Rd. 30); EuG, Rs. T-260/94 (*Air Inter*), Slg. 1997-II, S. 997 (1042, Rd. 135); Europäische Kommission (Hrsg.), *Fernsehen ohne Grenzen - Grünbuch*

zivilrechtlicher⁶¹⁶, öffentlich-rechtlicher⁶¹⁷ oder volkswirtschaftlicher⁶¹⁸ Definitionen konkretisiert werden kann.⁶¹⁹

b) Abgrenzung zur Legaldefinition in Art. 50 EGV

Setzt man zur Lösung des Begriffsverständnisses Dienstleistung konsequenterweise auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene an, so bedarf es zunächst der Klärung, wie sich das Verhältnis dieses in Art. 86 Abs. 2 EGV verwendeten Begriffs zu der Legaldefinition der Dienstleistung im Sinne der Dienstleistungsfreiheit in Art. 50 EGV gestaltet. Bei vertragsimmanenter Auslegung des Begriffs wäre auf letztere Vorschrift zurückzugreifen⁶²⁰, nach der Dienstleistungen solche Leistungen sind, „die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit von Personen unterliegen.“⁶²¹

Nach einhelliger Meinung wird in der Literatur die Anwendung des engen Dienstleistungsbegriffs in Art. 50 EGV auf Art. 86 Abs. 2 EGV mit im einzelnen unterschiedlichen und mitunter fragwürdigen Begründungen abgelehnt. Nach teilweise vertretener Auffassung soll der Vergleich der deutschen Sprachfassung mit den Formulierungen der anderen Sprachfassungen des EG-Vertrages nahelegen, dass eine derart enge Begriffsdefinition wie in Art. 50 EGV im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV nicht angebracht ist.⁶²² Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, da auch in den anderen Sprachfassungen des EGV in Art. 50 und Art. 86 Abs. 2 EGV synonyme Begriffe verwendet werden.⁶²³ Andere behaupten, aus der Gleichstellung der Dienstleistungen mit

über die Errichtung des gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel, KOM (84) 300 endg., BR-Drucksache 360/84, S. 192 ff.

⁶¹⁶ Hierzu Schöne, F., *Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht*, 1989, S. 31 f.

⁶¹⁷ So aber Gleiss/Hirsch, *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 1978, Art. 90, Rd. 10.

⁶¹⁸ So zu Art. 50 EGV Hailbronner/Nachbaur, *Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH*, EuZW 1992, S. 105.

⁶¹⁹ Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H.II., Rd. 146; Mikrouleas, A., *Wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten und EWG-Vertrag - ihre Vereinbarkeit am Beispiel der Banken*, 1995, S. 115 ff.; explizit zum Verhältnis der gemeinschaftsrechtlichen Konzeption und der französischen Konzeption des service public Le Nestour/Zinow, *Rechtsfragen des 'service public'*, RdE 1994, S. 170, 172: „Die Begriffe service public und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sollten nicht vermengt werden“; Mégret/Louis/Vignes/Waelbroeck, *Le droit de la communauté économique européenne*, 1972, Art. 90, S. 89: „La notion de 'service d'intérêt économique général' est plus large que celle de 'service public' du droit administrative français. L'emploi d'une expression nouvelle au lieu d'une expression classique dans un des Etats membres est symptomatique du caractère autonome de la notion contenue dans le traité“ (zitiert nach Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 42, FN 128 m.w.N.

⁶²⁰ Jaensch, M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 1997, S. 244; Fischerhof, H., *Europäisches Wettbewerbsrecht und Energiewirtschaft*, BB 1962, S. 783 (785); Malzer, G., *EWG-Kartellrecht und Energieversorgung*, WuW 1963, S. 203 (214 ff.).

⁶²¹ Art. 50 Abs. 1 EGV.

⁶²² So Bala, A., *Art. 90 Abs. 2 EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 24; Deringer, A., *EWG-Wettbewerbsrecht*, VIII, Art. 90 EWG, WuW 1964, S. 689 (705, Rd. 72); Jaensch, M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 1997, S. 244; Emmerich, V., *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, 1969, S. 446; Rinne, A., *Die Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, 1998, S. 59.

⁶²³ So z.B. im Französischen, Italienischen, Spanischen, Niederländischen und Englischen, vgl. die einzelnen Sprachfassungen unter <http://www.europa.eu.int/eur-lex/da/treaties/index.html>; in einigen Sprachen spricht

Finanzmonopolen in Art. 86 Abs. 2 EGV ergebe sich ein öffentlich-rechtlicher Charakter des Begriffs, der in diesem Sinne umfassender zu verstehen sei als der Dienstleistungsbegriff in Art. 50 EGV.⁶²⁴ Auch wenn dieser Ansicht im Ergebnis zuzustimmen ist, so ist ihre Begründung zweifelhaft. Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei dem Begriff der Dienstleistung im Sinne von Art. 86 Abs. 2 um einen genuin gemeinschaftsrechtlichen Begriff, der nicht durch Analogie oder die Übernahme national unterschiedlich geprägter zivil- oder öffentlich-rechtlicher Definitionen konkretisiert werden kann.⁶²⁵ Die Schlußfolgerung, dass der Dienstleistungsbegriff in Art. 86 Abs. 2 EGV deshalb weit zu interpretieren sei, da er zum Beispiel im deutschen oder französischen öffentlichen Recht auch alle Versorgungsleistungen, also auch die Versorgung mit Gütern wie Wasser oder Energie, umfaßt, ist daher abzulehnen.

Dass zwischen beiden Vorschriften keine Begriffssynonymität herrscht, ergibt sich vielmehr allein aus systematischer und teleologischer Auslegung beider Bestimmungen. Während der Dienstleistungsbegriff in Art. 50 EGV funktional zur Kennzeichnung eines Bereiches dient, in welchem unternehmerische Leistungen, die keine Waren sind⁶²⁶, die Grenzen überschreiten, ohne dass das leistende Unternehmen seinen Produktionsstandort verlegt⁶²⁷ und die Art. 49 ff. EGV die Privatautonomie in diesem Bereich schützen wollen, schützt Art. 86 Abs. 2 EGV einen besonderen nationalen, nicht notwendigerweise grenzüberschreitenden⁶²⁸ Unternehmensauftrag⁶²⁹ und kennzeichnet Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als einen bestimmten Aufgabenbereich, der dem Grundgedanken des in Art. 50 EGV verwendeten Dienstleistungsbegriff nicht gleichzusetzen ist, auch wenn sich beide Ansätze überlagern können. Die meisten Autoren⁶³⁰ sind folgerichtig der Ansicht, dass eine Ausgrenzung von Leistungen des Waren- und Kapitalverkehrs aus dem Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EGV unter Berücksichtigung des Normzwecks

Art. 50 EGV übersetzt von der „Durchführung/Vornahme einer Dienstleistung“ (so z.B. im Französischen „gestion de service“, im Italienischen „gestione di servizi“ und im Niederländischen „beheer van diensten“. Der Definitionskern der Dienstleistung („service“, „servici“, „dienst“) bleibt jedoch auch hier unberührt.

⁶²⁴ Vgl. Gleiss/Hirsch, *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 1978, Art. 90, Rd. 10; Bala, A., *Art. 90 Abs. 2 EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 26.

⁶²⁵ So aber Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 2, Art. 90 EWGV, Rd. 46 m.w.N.

⁶²⁶ Zur Abgrenzung zum Warenbegriff vgl. Müller-Graff, P.-C., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 30 EGV, Rd. 273 ff.

⁶²⁷ Vgl. Troberg, P., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Vorb. zu den Art. 59 bis 66 EGV, Rd. 9 ff.

⁶²⁸ Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 284.

⁶²⁹ Börner, B., *Rechtsfragen zu Art. 90 EWGV*, WEW 1966, S. 124 (130).

⁶³⁰ Bala, A., *Art. 90 Abs. 2 EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 26 f. m.w.N.; Deringer, A., *EWG-Wettbewerbsrecht*, VIII, Art. 90 EWG, WuW 1964, S. 689 (705, Rd. 72); ders., *The Interpretation of Article 90 (2) of the E.E.C. Treaty*, CMLR 1964, S. 129 (134); Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Band 2, 1996, H.II, Rd. 148 m.w.N.; Frömke, P., *Die Stellung der Kreditinstitute im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und Art. 90 Abs. 2 EWG*, 1987, S. 33; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 2, Art. 90 EGV, Rd. 46; Jaensch, M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 1997, S. 245; Vygen, K., *Öffentliche Unternehmen im Wettbewerbsrecht der EWG*, 1967, S. 104; Hack, H., *Zur Auslegung des Art. 90 II EWGV und dessen Bedeutung für die Elektrizitätswirtschaft*, 1966, S. 17; Wilms, G., *Das Europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen*, 1996, S. 131; Rinne, A., *Die Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, 1998, S. 59 m.w.N.; Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 35; Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) *EUV/EGV*, 1999, Art. 86, Rd. 36; Benesch, R., *Die Kompetenzen der EG-Kommission aus Art. 90 Abs. 3 EWG-Vertrag*, 1993, S. 13.

sachfremd⁶³¹ oder zu eng⁶³² wäre. Dass beide Vorschriften eine gänzlich unterschiedliche Funktion haben, wird auch daraus deutlich, dass Art. 50 EGV Betätigungen, die dem freien Warenverkehr und damit einem Teil des Handelsverkehrs unterliegen, ausschließt, jedoch umgekehrt Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV auf die Entwicklung des gesamten Handelsverkehrs abstellt.⁶³³

c) Ergebnis

Die europäischen Gerichte und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften umschreiben das Tatbestandsmerkmal Dienstleistung daher auch nur sehr allgemein als „Leistungen“⁶³⁴ oder „Tätigkeiten“⁶³⁵. Auch nach herrschender Meinung in der Literatur beschränkt sich der Kreis der durch den Begriff Dienstleistung im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV erfaßten Tätigkeiten nicht auf Dienstleistungen im Sinne einer volkswirtschaftlichen Begriffsdefinition, sondern umfaßt vielmehr alle wirtschaftlichen Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge⁶³⁶ sowie auch das Bereithalten, Bereitstellen und die Verteilung von Sachleistungen.⁶³⁷ Damit wird klar, dass das Tatbestandsmerkmal Dienstleistung zunächst unbestimmt ist und nur tätigkeitsbezogen durch die Art der übertragenen Aufgabe konkretisiert werden kann.⁶³⁸

⁶³¹ So Jaensch, M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 1997, S. 244 m.w.N.; Rinne, A., *Die Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, 1998, S. 59 m.w.N.; Page, A., *Member States, Public Undertakings and Article 90*, ELR 1982, S. 19 (27); Stewing, C., *Gasdurchleitung nach europäischem Recht*, 1989, S. 149.

⁶³² So Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 200; Deringer, A., *Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 1962, Art. 90, Rd. 71; Zinow, B., *Rechtsprobleme der grenzüberschreitenden Durchleitung von Strom in einem EG-Binnenmarkt für Energie*, 1991, S. 163.

⁶³³ Hack, H., *Zur Auslegung des Art. 90 Abs. 2 EWGV und dessen Bedeutung für die Elektrizitätswirtschaft*, 1966, S. 17.

⁶³⁴ EuGH, Rs. C320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I2533, (2568, Rd. 15); EuG, Rs. T528 et al./93 (*Métropole Télévision u.a./Kommission*), Slg. 1996, S. II-649 (690, Rd. 116); EuG, T106/95 (*FFSA u.a./Kommission*), Slg. 1997, S. II-229 (254, Rd. 67).

⁶³⁵ Europäische Kommission (Hrsg.), *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, ABl. EG 1996 Nr. C 281/03.

⁶³⁶ Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 35; Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 36; Benesch, R., *Die Kompetenzen der EG-Kommission aus Art. 90 Abs. 3 EWG-Vertrag*, 1993, S. 13.

⁶³⁷ Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 2, Art. 90, Rd. 46 m.w.N.; Papaconstantinou, H., *Free Trade and Competition in the EEC, Law, Policy and Practice*, 1988, S. 83 m.w.N.

⁶³⁸ So im Ergebnis auch Bala, A., *Art. 90 Abs. 2 EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 30/31; Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 35.

2. Dienstleistungen von wirtschaftlichem Interesse

a) Ausgangsüberlegungen

Der Begriff des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses kommt in keiner Rechtsordnung der Mitgliedstaaten vor.⁶³⁹ Nach Generalanwalt *de Lamothe* ist er absichtlich unbestimmt gefaßt, damit ihm ein möglichst weiter Anwendungsbereich gegeben werden kann.⁶⁴⁰ Daraus resultiert die schwierige und bisher noch nicht zufriedenstellend gelöste Aufgabe, operationale Kriterien zur Unterscheidung von wirtschaftlichen Tätigkeiten und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten zu entwickeln. Was im europäischen Gemeinschaftsrecht unter wirtschaftlichen Tätigkeiten zu verstehen ist, ist bis heute weder umfassend definiert, noch systematisiert worden.⁶⁴¹ Der Gerichtshof versteht zunächst sehr allgemein unter wirtschaftlicher Betätigung eine Tätigkeit, die auf den Austausch von Leistungen oder Gütern am Markt gerichtet ist.⁶⁴² Dieser Meinung folgt auch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die ihrer Mitteilung vom 26.09.1996 Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als „marktbezogene Tätigkeiten“ bezeichnet.⁶⁴³

Versteht man unter dem Markt sämtliche Austauschprozesse, die aus dem Zusammentreffen von Anbietern und Nachfragern, den sogenannten Marktakteuren, erwachsen⁶⁴⁴, so sind wirtschaftliche Dienstleistungen im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV zunächst nur eine andere unscharfe Bezeichnung für eine marktbezogene Transaktion und damit nur eine Hülle ohne materiellen Bedeutungsgehalt. Was nämlich im Grunde auf Märkten transferiert wird, sind Verfügungsrechte (property rights), die sich auf unterschiedliche Sachverhalte beziehen können.⁶⁴⁵ Marktprozesse lassen sich in allen Lebensbereichen beobachten, in denen die Akteure über Freiheitsspielräume verfügen und versuchen, diese Freiheitsspielräume durch das Eingehen von Austauschbeziehungen zur Erreichung ihrer eigenen Ziele zu nutzen.⁶⁴⁶ Entscheidend ist im Rahmen des 86 Abs. 2 EGV, dass die marktbezogene Transaktion im allgemeinen Interesse erfolgt.

⁶³⁹ Jaensch, M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 1997, S. 245.

⁶⁴⁰ GA Dutheil de Lamothe, Schlußanträge zu EuGH, Rs. 10/71 (*Staatsanwaltschaft Luxemburg/Muller*), Slg. 1971, S. 723 (739, Tz. IV).

⁶⁴¹ Vgl. Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 40; Schwintowski, H.-P., *Der Begriff des Unternehmens im europäischen Wettbewerbsrecht*, ZeuP 1994, S. 294 (300); van Gehuchten, P.-P., *La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 du Traité CEE*, in: Dutheil de la Rochere/Vandamme (Hrsg.), *Interventions publiques et droit communautaire*, 1988, S. 112 (123f.); Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, Band 2, 1996, H.II, Rd. 41 m.w.N.

⁶⁴² EuGH, Rs. 118/85 (*Kommission/Italien*), Slg. 1987, S. 2599 (2621 Rd. 7); EuGH, Rs. C-343/95 (*Diego Cali & Figli*), Slg. 1997, S. I1547 (1587, Rd. 16); Europäische Kommission, Entscheidung vom 27.10.1992 (*Fußball WM 1990*), ABl. EG 1992 Nr. L 326/31 (S. 35, Tz. 43); ebenso Weiß, W., in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 81 EGV, Rd. 35.

⁶⁴³ Europäische Kommission (Hrsg.), *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, ABl. EG 1996 Nr. C 281/03.

⁶⁴⁴ So die Definition von Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 6.

⁶⁴⁵ Unterschieden wird zwischen vier Gruppen von Verfügungsrechten, die auf dem Markt getauscht werden: Erstens Rechte, welche die Art der Nutzung eines Gutes betreffen (usus), zweitens Rechte, formale oder materielle Veränderungen an einem Gut vorzunehmen (ab usus), drittens Rechte der Aneignung von Gewinnen und Verlusten, die durch die Nutzung des Gutes entstehen (usus fructus) sowie viertens Rechte zur vollständigen oder teilweisen Veräußerung oder Übertragung des Gutes an Dritte, vgl. Aufzählung von Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 6.

⁶⁴⁶ Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 6.

b) Marktbezug der Tätigkeit

In den meisten Fällen ist die Feststellung einer auf Teilhabe am Wirtschaftsverkehr gerichteten Tätigkeit unproblematisch. Darunter ist nämlich grundsätzlich nur das Angebot und die Nachfrage nach wirtschaftlichen Gütern zu verstehen. Wirtschaftliche Güter sind alle Tauschgegenstände, für die es einen Markt gibt oder geben könnte, also insbesondere Waren und Dienstleistungen im Sinne der volkswirtschaftlichen Definition. Aus dem Kriterium des Marktbezugs begründet sich, dass beispielsweise der private Verbrauch keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt.⁶⁴⁷ Dasselbe gilt für die öffentliche Hand, wenn sie lediglich als Verbraucher am Wirtschaftsleben teilnimmt, indem sie beispielsweise Waren oder Dienstleistungen für den unmittelbaren eigenen Bedarf nachfragt.⁶⁴⁸ Genauso wenig sind Arbeitsleistungen von abhängig Beschäftigten wie Arbeitern und Angestellten, Geschäftsführern oder Vorständen als wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne des EG-Vertrags zu qualifizieren, da ihrer Tätigkeit der Außenbezug fehlt und sie insoweit nicht am Wirtschaftsverkehr teilnehmen.⁶⁴⁹ Auch Verbandstätigkeit ist in der Regel⁶⁵⁰ keine wirtschaftliche Tätigkeit, weil die Tätigkeit von Verbänden nicht die Erzeugung oder den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen am Markt zum Inhalt hat, sondern auf Vertretung der Interessen der Verbandsmitglieder gerichtet ist.⁶⁵¹ Fehlt es also am Marktbezug einer Tätigkeit, liegt auch keine wirtschaftliche Tätigkeit vor.

c) Hoheitliches Handeln

Hoheitliches Handeln des Staates sowie seiner gebiets- oder aufgabenbezogenen Untergliederungen⁶⁵² erfüllt nach unstreitiger Meinung als Ausübung staatlicher Gewalt nicht das Kriterium der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV.⁶⁵³ Unproblematisch ist dies bei rein internen Verwaltungstätigkeiten⁶⁵⁴, da es hier schon am Kriterium des Marktbezugs fehlt. Allerdings kann die Abgrenzung von wirtschaftlicher Tätigkeit und Ausübung hoheitlicher Gewalt auch sehr problematisch sein, da der Staat sowohl als öffentliche Hand als auch in der Weise handeln kann, dass er wirtschaftliche Tätigkeiten industrieller oder kommerzieller Art ausübt, die darin bestehen, Güter und

⁶⁴⁷ Müller-Graff, P.-C., in: ders./Hailbronner/Klein/Magiera (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 85 EGV, Rd. 33; Emmerich, V., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 1, A. Art. 85 Abs. 1 EGV, Rd. 21; Bunte, H.-J., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band 1, 1998, Art. 85, Rd. 7 m.w.N.

⁶⁴⁸ Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 74 m.w.N.

⁶⁴⁹ Burkert/Hirsch, in: Gleiss/Hirsch (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 1993, Band 1, Art. 85, Rd. 19; Bunte, H.-J., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band 1, 1998, Art. 85, Rd. 7 m.w.N.

⁶⁵⁰ Dies schließt aber nicht aus, dass Verbände ausnahmsweise auch wirtschaftliche Tätigkeiten durchführen, so zum Beispiel, wenn sie ihren Mitgliedern gemeinsamen Einkauf vermitteln oder Dienstleistungen anbieten.

⁶⁵¹ Burkert/Hirsch, in: Gleiss/Hirsch (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 1993, Band 1, Art. 85, Rd. 25.

⁶⁵² Zum Beispiel Regionen, Provinzen, Départements, Kreise, Gemeinden, Körperschaften oder Anstalten.

⁶⁵³ Schröter, H., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *Kommentar zu EU-/EG-Vertrag*, 1999, Band 2/I, Vorb. zu Art. 85 bis 89, Rd. 33; Weiß, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 81 EGV, Rd. 35; Emmerich, V., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.) *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 1, A. Art. 85 Abs. 1 EGV, Rd. 15, 21; Bunte, H.-J., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 85, Rd. 8; Burkert/Hirsch, in: Gleiss/Hirsch (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 1993, Band 1, Art. 85, Rd. 21.; von Wilmsky, P., *Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag*, ZHR 1991, S. 545 (548).

⁶⁵⁴ Emmerich, V., in: Dausers, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Band 2, 1996, H.II, Rd. 40.

Dienstleistungen auf dem Markt anzubieten und sich damit wirtschaftlich zu betätigen.⁶⁵⁵ Nach Generalanwalt *Mayras* entspringt die öffentliche Gewalt der staatlichen Herrschaftsmacht, dem staatlichen Imperium, und beinhaltet für denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit, gegenüber dem Bürger von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.⁶⁵⁶ Übt der Staat hoheitliche Gewalt aus, so soll das wesentliche Kennzeichen des Marktprozesses, nämlich die Verfügung über Freiheitsspielräume, fehlen, da der Staat den Leistungsaustausch diktiert. Von marktbezogenen Tätigkeiten seien also solche (nichtwirtschaftlichen) hoheitlichen Tätigkeiten abzugrenzen, bei denen der Austausch von erbrachter Leistung und (unter Umständen erbrachter) finanzieller Gegenleistung nicht einmal Nebenzweck, sondern bloße Äußerlichkeit der Tätigkeit ist.⁶⁵⁷

Weder der Begriff der öffentlichen oder hoheitlichen Gewalt, noch die konstituierenden Elemente einer wirtschaftlichen Betätigung sind vom Europäischen Gerichtshof bis heute näher definiert, sondern nur in Einzelfällen negativ gegeneinander abgegrenzt worden.⁶⁵⁸ Auch der Staat ist, wie in Teil 2 gezeigt wurde, Adressat der Art. 81, 82 EGV, wenn und soweit er unternehmerisch tätig wird. Hoheitliches Handeln des Staates oder seiner Untergliederungen fällt dagegen nicht in den Anwendungsbereich der Art. 81, 82 EGV. Der EuGH hat dementsprechend in der Rechtssache *Diego Cali & Figli* festgestellt:

„Was die [...] Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrages angeht, ist aber zwischen dem Fall, dass der Staat als öffentliche Hand handelt, und dem Fall zu unterscheiden, dass er wirtschaftliche Tätigkeiten industrieller oder kommerzieller Art ausübt.“⁶⁵⁹

Es kommt also in diesem Zusammenhang darauf an, hoheitliches und unternehmerisch-wirtschaftliches Handeln des Staates voneinander abzugrenzen.⁶⁶⁰ Im folgenden soll daher versucht werden, eine Systematisierung und Bewertung der vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Abgrenzungskriterien zur Feststellung einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des EG-Vertrages vorzunehmen.

⁶⁵⁵ EuGH, Rs. 118/85 (*Kommission/Italien*), Slg. 1987, S. 2599 (2619, Rd. 7).

⁶⁵⁶ GA *Mayras*, Schlußanträge zu EuGH, Rs. 2/74 (*Reyners/Belgien*), Slg. 1974, S. 631 (665, Tz. III.1.).

⁶⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft*), Slg. 1994, S. I-43 (63, Rd. 28); Burgi, M., *Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts*, EuR 1997, S. 261 (265 m.w.N.)

⁶⁵⁸ Vgl. Roth, W.-H., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht*, 1993, Band 1, E.I., Rd. 30; Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 45 ff.

⁶⁵⁹ EuGH (*Diego Cali & Figli*), Slg. 1997, S. 1549 (1587), Rd. 16.

⁶⁶⁰ Vgl. hierzu auch Schwarze, J., *Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts*, EuZW 2000, S. 613 ff.

d) Die Rechtsprechung des EuGH

aa) British Telecom

In der *British Telecom*-Entscheidung⁶⁶¹ entschied der Gerichtshof im Jahre 1985, dass die Tätigkeit der britischen Telefongesellschaft, unbeschadet ihres öffentlich-rechtlichen Status, als wirtschaftlich anzusehen sei, da entscheidend darauf abzustellen sei, dass öffentlich-rechtliche Fernmeldedienstleitungen Benutzern gegen Zahlung einer Gebühr angeboten werden.⁶⁶² Auch die Klägerin, die italienische Regierung, bestritt nicht, dass die Tätigkeit von British Telecom, öffentliche Fernmeldeanlagen zu betreiben und sie gegen Zahlung einer Gebühr den Kunden zur Verfügung zu stellen, ungeachtet dessen, dass sie ein Staatsunternehmen sei, eine wirtschaftliche Tätigkeit darstelle.⁶⁶³

(1) Entgeltlichkeit der Leistung

Zwei wesentliche Aussagen sind dieser Entscheidung zu entnehmen. Zum ersten macht der Gerichtshof die Entgeltlichkeit der Leistungserbringung zu einem notwendigen Element, damit die Leistung als wirtschaftlich zu qualifizieren ist. In Entscheidungen, die der EuGH im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit in Art. 50 EGV getroffen hat, hat er sich näher zum Begriff der Entgeltlichkeit geäußert und spricht davon, dass von einer Entgeltlichkeit der Dienstleistung ausgegangen werden kann, wenn es sich um Tätigkeiten handelt, die „einen Teil des Wirtschaftslebens ausmachen.“⁶⁶⁴ Wirtschaftlichkeit und Entgeltlichkeit sind daher untrennbar miteinander verknüpft. Der EuGH weist weiter darauf hin, dass ein Wesensmerkmal des Entgelts ist, „dass es die wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung darstellt.“⁶⁶⁵ Da das Entgelt für die betreffende Leistung nur im Regelfall entrichtet werden muss, ist es ohne Bedeutung, wenn im Einzelfall ausnahmsweise kein Entgelt erhoben wird.⁶⁶⁶

Allerdings kann die Entgeltlichkeit einer Leistung nicht das alleinige Element sein, um eine Leistung als „wirtschaftlich“ zu qualifizieren. Dies wird daraus klar, dass es zahlreiche staatliche Leistungen gibt, die offensichtlich nicht als wirtschaftliche Betätigung zu qualifizieren sind, sondern allein in den Bereich hoheitlichen Handelns fallen, wie beispielsweise die Zahlung staatlicher Enteignungsentschädigungen oder die Einziehung oder Rückzahlung von Steuern.⁶⁶⁷ Abschließend ist daher nur die Schlußfolgerung möglich, dass

⁶⁶¹ EuGH, Rs. 41/83 (*Italien/Kommission*), Slg. 1985, S. 873 ff.

⁶⁶² Vgl. Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 32.

⁶⁶³ EuGH, Rs. 41/83 (*Italien/Kommission*), Slg. 1985, S. 873 (883, Rd. 17/18).

⁶⁶⁴ EuGH, Rs. 36/74 (*Walrave/Union Cycliste Internationale*), Slg. 1974, S. 1405 (1418, Rd. 4/10); EuGH, Rs. 196/87 (*Steymann/Staatssecretaris van Justitie*), Slg. 1988, S. 6159 (6172, Rd. 9).

⁶⁶⁵ EuGH, Rs. 263/86 (*Belgischer Staat/Humbel*), Slg. 1988, S. 5365 (5388, Rd. 17).

⁶⁶⁶ Kluth, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 50 EGV, Rd. 11; Hailbronner, K., in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff (Hrsg.), *Handkommentar zum EU- und EG-Vertrag*, 1997, Art. 60, Rd. 11.

⁶⁶⁷ Hier fehlt es auch schon am Marktbezug der Tätigkeit, vgl. EuGH, Rs. 263/86 (*Belgischer Staat/Humbel*), Slg. 1988, S. 5365 (5388, Rd. 17); Kluth, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 50 EGV, Rd. 12 m.w.N.; Hailbronner/Nachbaur, *Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH*, EuZW 1992, S. 105 (108f.).

Leistungen, die in der Regel unentgeltlich erbracht werden, keine wirtschaftlichen Leistungen darstellen.

(2) Funktionale Definition des wirtschaftlichen Interesses

Ob eine wirtschaftliche oder hoheitliche Tätigkeit vorliegt, läßt sich entweder materiell oder formal bestimmen. Will man den Inhalt wirtschaftlicher Tätigkeit formal bestimmen, so setzt dies eine von der staatlichen Verwaltung getrennte Organisationseinheit voraus, die in den Formen des Privatrechts auf dem Markt tätig ist.⁶⁶⁸ Zum anderen kann eine wirtschaftliche Tätigkeit auch materiell, unabhängig von einer bestimmten Organisationsform, definiert werden. Im letzteren Fall wird nur darauf abgestellt, ob eine Tätigkeit ausgeübt wird, die in der Teilnahme am Markt besteht.⁶⁶⁹

Die zweite wichtige und grundlegende Schlußfolgerung, die aus der *British Telecom*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshof gezogen werden kann, ist, dass es für die Qualifizierung einer Leistung als wirtschaftlich nicht auf die Organisationsform desjenigen ankommt, der die Tätigkeit durchführt. Die Entscheidung stellt klar, dass auch der Erlaß von Benutzungsverordnungen („Schemes“) durch die Verwaltung von British Telecom für die Tarife und Benutzungsbedingungen von Fernmeldedienstleistungen mit *pouvoir réglementaire*⁶⁷⁰ als Teil der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Einrichtung gilt.⁶⁷¹

Auch wenn die Entscheidung keine explizite Aussage darüber trifft, wie die Erbringer wirtschaftlicher Leistungen präzise zu qualifizieren sind, läßt sich aus ihr immerhin die wichtige Grundaussage ableiten, dass die Wirtschaftlichkeit einer Tätigkeit allein funktional, d.h. nach ihrem materiellen Gehalt, und nicht formal nach der organisationsrechtlichen Einordnung der Einheit, von der sich erbracht wird, zu definieren ist.⁶⁷² Diese Schlußfolgerung wird durch die AAMS-Entscheidung⁶⁷³ des Gerichtshofs gestützt. In dieser Entscheidung über die Bewirtschaftung des italienischen Tabakmonopols hat der EuGH festgestellt, dass es „unstreitig“ ist, „dass die Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) dadurch am Wirtschaftsleben teilnimmt, dass sie im Bereich Tabakwaren auf dem Markt Güter und Dienstleistungen anbietet“, obwohl die AAMS in die italienische Ministerialverwaltung eingegliedert ist und „keine von derjenigen des Staates getrennte Rechtspersönlichkeit besitzt.“⁶⁷⁴ Dieses Ergebnis verdient Zustimmung: Soll die Einheitlichkeit der Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft nicht preisgegeben werden, darf es

⁶⁶⁸ Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 31.

⁶⁶⁹ Mestmäcker, E.-J., *Staat und Unternehmen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, RabelsZ 1988, S. 526 (536); Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 31.

⁶⁷⁰ Schulte-Braucks, R., *Das „British Telecom“-Urteil: Eckstein für ein europäisches Fernmelderecht?*, WuW 1986, S. 202 (209).

⁶⁷¹ So Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 32.

⁶⁷² Ebenso hinsichtlich der wirtschaftlichen Tätigkeit staatlicher Arbeitsvermittlungsbehörden EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2017, Rd. 24); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7148, Rd. 26); zustimmend auch Müller-Graff, P.-C., in: ders./Hailbronner/Klein/Magiera (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 85 EGV, Rd. 34; Weiß, W., in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 81 EGV, Rd. 35.

⁶⁷³ EuGH, Rs. 118/85 (*Kommission/Italien*), Slg. 1987, S. 2599 ff.

⁶⁷⁴ EuGH, Rs. 118/85 (*Kommission/Italien*), Slg. 1987, S. 2599 (2620, Rd. 3).

nicht in der Hand der Mitgliedstaaten liegen, durch die Wahl der Rechtsform über die Anwendbarkeit der Vertragsregeln zu entscheiden.⁶⁷⁵

bb) Sacchi

In der in Teil 2 bereits angesprochenen *Sacchi*-Entscheidung⁶⁷⁶ vertrat die italienische Regierung 1974 die Ansicht, dass die staatliche italienische Fernsehanstalt Radio Audizione Italiana (RAI) keine wirtschaftliche Tätigkeiten durchführe, sondern einen öffentlichen Betrieb kultureller, unterhaltender und informativer Zielsetzung darstelle. In ihrer nach Art. 20 der Satzung des Europäischen Gerichtshofs eingereichten Erklärung vertrat zudem die deutsche Regierung die Auffassung, dass Rundfunk- und Fernsehanstalten grundsätzlich keine wirtschaftlichen Tätigkeiten durchführen, da sie als eine öffentliche Aufgabe angesehen werden müssten und Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.⁶⁷⁷ Auch die Werbetätigkeit des Fernsehens diene lediglich finanziellen Zwecken, sei nebensächlich und habe nur die Aufgabe, die Lasten des Betriebes tragen zu helfen und dadurch eine Gebührenerhöhung zu verhindern.⁶⁷⁸

Der EuGH ist dieser Argumentation nicht gefolgt, sondern hat festgestellt, dass der EG-Vertrag die Mitgliedstaaten zwar in keiner Weise daran hindert, aus im öffentlichen Interesse liegenden Gründen nichtwirtschaftlicher Art, Fernsehsendungen dem Wettbewerb zu entziehen, indem sie zum Beispiel einer oder mehreren Anstalten das ausschließliche Recht zu deren Verbreitung verleihen, dass aber die Modalitäten dieser Wettbewerbsbeschränkung der Kontrolle von Art. 86 Abs. 2 EGV unterliegen, da es sich bei der Ausstrahlung von Fernsehsendungen um die Vornahme von Dienstleistungen und damit um Leistungserbringung wirtschaftlicher Art handle.⁶⁷⁹ Diese Ansicht wurde in der ähnlich gelagerten *ERT*-Entscheidung⁶⁸⁰ bestätigt. Die Zweckrichtung der Leistung, im Bereich des Hörfunks und Fernsehens zur Information, zur Bildung und zur Unterhaltung der Bevölkerung beizutragen, ohne dass mit dieser Tätigkeit ein Gewinn erzielt wird, hat daher für die Klärung der Frage, ob eine wirtschaftliche Leistung vorliegt, in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshof keine Rolle gespielt, da die objektive Charakteristik der Leistung wirtschaftlicher Art war.

Dies lässt sich dahingehend verallgemeinern, dass es zur Bestimmung der Frage, ob eine wirtschaftliche Leistung vorliegt, nicht auf die subjektive Sichtweise (Zweckbestimmung) des Leistungserbringers ankommen kann, sondern dass es allein auf den objektiven Charakter der Leistung ankommen muss, der seinerseits wiederum durch den Austausch von Leistungen und

⁶⁷⁵ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 131.

⁶⁷⁶ EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 ff.

⁶⁷⁷ Vgl. EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 (418/419, II.B).

⁶⁷⁸ EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 (420, II.C).

⁶⁷⁹ EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 (430, Rd. 14); unverständlich die Ansicht von Fesenmair, der unter Bezugnahme auf diese Entscheidung genau das Gegenteil vertritt, vgl. Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 32.

⁶⁸⁰ EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925 (2957, Rd. 10-13).

Gütern am Markt gekennzeichnet sein muss.⁶⁸¹ Darüber hinaus geht aus beiden Entscheidungen hervor, dass die Klärung der Frage, ob eine Tätigkeit als wirtschaftlich zu qualifizieren ist, auch nicht im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt, sondern dass diese Feststellung allein durch den Europäischen Gerichtshof getroffen werden kann.

Die *Sacchi*-Entscheidung ist allerdings in der Literatur meist⁶⁸² falsch rezipiert worden. So wird unter Bezugnahme auf sie überwiegend vertreten, dass die Notwendigkeit eines wirtschaftlichen Interesses solche Tätigkeiten ausschließt, die karitativen, fürsorgerischen, sozialen oder kulturellen Zwecken dienen. Beim Vorliegen eines gemischten Interesses soll, falls die Interessen nicht deutlich getrennt werden können, auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abgestellt werden⁶⁸³ oder es genügen, dass zumindest auch wirtschaftliche Interessen verfolgt werden.⁶⁸⁴ Diese Ansicht findet aber in den Urteilsgründen der *Sacchi*-Entscheidung keine Stütze und ist auch deshalb fragwürdig, weil eine subjektive Abgrenzung in der Praxis große Schwierigkeiten verursacht, da insbesondere bei staatlicher Leistungserbringung fast ausnahmslos eine Verbindung von wirtschaftlichen mit kulturellen, sozialen oder anderen politischen Interessen festzustellen ist.⁶⁸⁵

cc) Poucet und Pistre

In der Rechtssache *Poucet und Pistre*⁶⁸⁶ stellte sich die Frage, ob die französische Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon⁶⁸⁷, eine mit der Verwaltung des Versicherungssystems für Krankheit und Mutterschaft der Selbständigen nichtlandwirtschaftlichen Berufe betrauten Einrichtung sowie ihre vertragliche

⁶⁸¹ Ebenso EuGH, Rs. 118/85 (*Kommission/Italien*), Slg. 1987, S. 2599 (2621, Rd. 7); EuGH, Rs. C343/95 (*Diego Cali & Figli*), Slg. 1997, S. I1547 (1587, Rd. 16); Europäische Kommission, Entscheidung vom 27.10.1992 (*Fußball WM 1990*), ABl. EG 1992 Nr. L 326/31, Tz. 43.

⁶⁸² Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 37; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 2, Art. 90 EWGV, Rd. 48 m.w.N.; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 287 m.w.N.; Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H.II, Rd. 152 m.w.N.; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 21 m.w.N.; zutreffender, allerdings ohne zur Begriffsklärung beizutragen, Rinne, A., *Die Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, 1998, S. 61 m.w.N.; Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 179 m.w.N.

⁶⁸³ Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 2, Art. 90 EWGV, Rd. 48; Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H.II., Rd. 152.

⁶⁸⁴ Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 178.

⁶⁸⁵ So auch Mestmäcker, E.-J., *Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, RabelsZ 1988, S. 526 (568); ders., *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, S. 664; Pais Antunes, L., *L'article 90 du Traité CEE – Obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission*, RTDE 1991, S. 187 (195 f.); Slot, P.-J., *Commission Versus Public Enterprises*, ZEW 1992, Nr. 16, S. 8.

⁶⁸⁶ EuGH, verb. Rs. C159/91 und C160/91 (*Poucet und Pistre*), Slg. 1993, S. I-664; vgl. zum Wettbewerb im Bereich der Sozialversicherung und dem Urteil des EuGH anstatt aller Haverkate, G., in: Haverkate/Weiss/Huster/Schmidt, (Hrsg.), *Casebook zum Arbeits- und Sozialrecht der EU*, 1999, Fall 9, S. 267 ff.; Haverkate/Huster, *Europäisches Sozialrecht – Eine Einführung*, 1999, S. 299, Rd. 483 ff. mit umfassenden weiteren Nachweisen.

⁶⁸⁷ Regionale Kasse auf Gegenseitigkeit des Departement Languedoc-Roussillon, im Urteil als „Calmulrac“ abgekürzt.

Abwicklungseinrichtung⁶⁸⁸ wirtschaftliche Tätigkeiten durchführen. In dieser Rechtssache hat der EuGH festgestellt, dass der im Ausgangsfall betroffene französische Sozialversicherungsträger keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübe. Seine Entscheidung stützte der Gerichtshof dabei auf drei Kriterien: Erstens seien Krankenkassen Einrichtungen, die eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter wahrnehmen. Zweitens beruhe die Tätigkeit auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität, und drittens diene ihre Tätigkeit keinem Gewinnzweck.⁶⁸⁹ Diese drei Kriterien sollen in ihrer Aussagekraft im folgenden genauer analysiert werden.

(1) Das Kriterium des sozialen Charakters

Wie bereits bei den Ausführungen zum *Sacchi*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs und seiner Rezeption in der wissenschaftlichen Literatur angedeutet, kann auch das Kriterium, dass die in Frage stehende Tätigkeit einen sozialen Charakter trägt, keine zwingenden Rückschlüsse auf die Wirtschaftlichkeit bzw. Nichtwirtschaftlichkeit der Tätigkeit zulassen. Der Museums- oder Fremdenführer, der gegen Entgelt Besuchern gegenüber eine kulturelle Aktivität entwickelt, führt dennoch auch eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, die im Einzelfall als Dienstleistung im Sinne der Dienstleistungsfreiheit von Art. 50 EGV zu qualifizieren sein kann. Wirtschaftlich handeln auch selbständige Künstler und Erfinder bei der Verwertung ihrer Leistungen.⁶⁹⁰ Die Beteiligung des Staates oder Privater am Wirtschaftsleben durch Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeit, die begrifflich durch Art. 2 EGV vorgeprägt ist, ist weit zu verstehen.⁶⁹¹ Darunter fallen zum Beispiel nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs⁶⁹² auch Tätigkeiten der Mitglieder religiöser Vereinigungen, die im Rahmen der gewerblichen Betätigung dieser Vereinigung ausgeübt werden, sofern die Leistungen, die die Vereinigung ihren Mitgliedern gewährt, als zumindest mittelbare Gegenleistung für tatsächliche und echte Tätigkeiten betrachtet werden können.⁶⁹³ Auch sportliche Tätigkeiten können nach der Rechtsprechung des EuGH⁶⁹⁴ und der überwiegenden Ansicht in der Literatur⁶⁹⁵ als wirtschaftliche Tätigkeiten zu qualifizieren sein, sofern sie entgeltlich erbracht werden. Es besteht insoweit kein Bereichsvorbehalt. Folglich kann die Feststellung, dass eine Tätigkeit neben wirtschaftlichem auch einen anderen Charakter hat, nur ein notwendiges, aber kein

⁶⁸⁸ Dies sind die Assurances générales de France („AGF“) und die Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans de Clermont-Ferrand (Unabhängige nationale Ausgleichskasse für die Handwerkeraltersversicherung von Clermont-Ferrand („Cancava“).

⁶⁸⁹ EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Slg. 1993, S. I-664, (I-670 Rd. 18).

⁶⁹⁰ Vgl. Nachweise bei Emmerich, V., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 1, A. Art. 85 Abs. 1 EGV, Rd. 25.

⁶⁹¹ Kluth, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 50 EGV, Rd. 9.

⁶⁹² Vgl. EuGH, Rs. 196/87 (*Steymann/Staatssecretaris van Justitie*), Slg. 1988, S. 6159 (6172, Rd. 9).

⁶⁹³ So Kluth, W., in: Calliess/Ruffert, (Hrsg.), *EUV/EGV*, Art. 50 EGV, Rd. 9.

⁶⁹⁴ EuGH, Rs. 36/74 (*Walrave/Union Cycliste Internationale*), Slg. 1974, S. 1405 (1418, Rd. 4/10); EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosmann*), Slg. 1995, S. I-4921 ff.

⁶⁹⁵ Vgl. Müller-Graff, P.-C., in: ders./Hailbronner/Klein/Magiera (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 85 EGV, Rd. 34; Kahlenberg, H., *Zur EG-rechtlichen Zulässigkeit von Ausländerklauseln im Sport*, EWS 1994, S. 423 ff.; Kluth, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, Art. 50 EGV, Rd. 9; Scholz/Aulehner, *Die 3+2 Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, SpuRt 1996, S. 44 ff.

hinreichendes Indiz dafür sein, dass es sich im Einzelfall um eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des EG-Vertrags handelt.⁶⁹⁶

Dies wird auch durch die Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache *Fédération Française des sociétés d'assurances* vom 16.11.1995 bestätigt.⁶⁹⁷ Hier ging es um die Frage, ob das System einer freiwilligen Zusatzrentenversicherung für die Selbständigen landwirtschaftlicher Berufe, das durch freiwillige, von den steuerpflichtigen Einkünften aus Erwerbstätigkeit abziehbare Beiträge finanziert wird, eine Tätigkeit ausübt, die als wirtschaftlich zu qualifizieren ist. Der EuGH hat dies bejaht und festgestellt, dass „eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ein zur Ergänzung einer Grundpflichtversicherung durch Gesetz geschaffenes, auf Freiwilligkeit beruhendes Rentenversicherungssystem verwaltet, das insbesondere hinsichtlich der Beitrittsvoraussetzungen, der Beiträge und der Leistungen aufgrund einer Verordnung nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet“⁶⁹⁸, eine als wirtschaftlich zu qualifizierende Tätigkeit durchführt.

Das Urteil *Fédération Française des sociétés d'assurances* ist insoweit bemerkenswert, als dass der Gerichtshof erstmals entgegen seiner noch in der *Sacchi*- und *Poucet und Pistre*-Entscheidung vertretenen Überlegung nun davon ausgeht, dass die Verfolgung eines sozialen Zwecks nicht der vom Versicherungsträger ausgeübten Tätigkeit ihren wirtschaftlichen Charakter nimmt. In seinen Betriebsrentenfonds-Entscheidungen vom 21.09.1999 hat er diese Einschätzung erneut bestätigt.⁶⁹⁹ Auch die Europäische Kommission, die früher⁷⁰⁰ wie der EuGH und die herrschende Meinung in der Literatur einem subjektiven Lösungsansatz gefolgt ist, läßt in ihrer Mitteilung vom 26.09.1996⁷⁰¹ erkennen, dass auch nach ihrem Verständnis die Abschichtung nichtwirtschaftlicher von wirtschaftlichen Leistungen allein nach der objektiven Charakteristik der Tätigkeit durchzuführen ist.⁷⁰² Der Begriff „sozial“ und der Begriff „wirtschaftlich“ stellen kein gegensätzliches Begriffspaar dar, sondern können beide kennzeichnende Elemente einer Tätigkeit sein.⁷⁰³

⁶⁹⁶ Die entgegengesetzte Meinung wird von Fesenmair vertreten, allerdings ohne Begründung und mit mißverständlicher Bezugnahme auf die *Sacchi*- und *ERT*-Entscheidung des EuGH, vgl. Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 42.

⁶⁹⁷ EuGH, Rs. C-244/94 (*Fédération Française des sociétés d'assurances*), Slg. 1995, S. I-4022 ff.

⁶⁹⁸ EuGH, Rs. C-244/94 (*Fédération Française des sociétés d'assurances*), Slg. 1995, S. I-4022 (4031, Leitsatz).

⁶⁹⁹ EuGH, Rs. C-219/97 (*Orijvende Bokken*), Slg. 1999, S. 6121 (6147, Rd. 69); EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6053, Rd. 79); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5887, Rd. 79).

⁷⁰⁰ Europäische Kommission (Hrsg.), *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, ABl. EG 1996 Nr. C 281/03, Rd. 18; dieselbe, Entscheidung vom 02.06.1971 (*GEMA*), ABl. EG 1971 Nr. L 134/15, S. 27, Rd. III.2.

⁷⁰¹ Europäische Kommission (Hrsg.), *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, ABl. EG 1996 Nr. C 281/03, S. 5, Rd. 18: „Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten sowie hoheitliche Aufgaben, bei denen es um die Ausübung von Staatsgewalt geht, fallen nicht unter [ex-] Art. 90 des Vertrages“.

⁷⁰² Diese Ansicht wird auch durch die Formulierung des EuGH in seinem Urteil vom 17.02.1993 in der Sache *Poucet und Pistre* gestützt, vgl. EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Slg. 1993, S. I-664, 670, Rd. 18: „Die Krankenkassen oder die Einrichtungen, die bei der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirken, erfüllen jedoch eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter. Diese Tätigkeit beruht nämlich auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität [...]. Die Leistungen werden von Gesetz wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht.“

⁷⁰³ Ähnlich Haverkate/Huster, *Europäisches Sozialrecht – Eine Einführung*, 1999, S. 304, Rd. 496/497: „Der soziale Zweck soll ausreichen, um die Unternehmenseigenschaft der Sozialversicherungsträger zu verneinen. Nun ist der soziale Zweck nichts anderes als der öffentliche Zweck in bezug auf den Sozialbereich [...] Insofern ist die Haltung des EuGH in der Sache *Poucet und Pistre* inkonsequent, wenn man bedenkt, dass der

(2) Das Kriterium der nationalen Solidarität

In der *Poucet und Pistre*-Entscheidung hat der Gerichtshof zudem den Zweck der Umverteilung als Kennzeichen der Solidarität ausreichen lassen, um eine wirtschaftliche Tätigkeit der Sozialversicherung zu verneinen. Aus dem soeben unter (1) Gesagten ergibt sich aber konsequenterweise, dass auch das Kriterium der Solidarität ebenfalls nicht als ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium zur Wirtschaftlichkeit bzw. Nichtwirtschaftlichkeit einer Tätigkeit dienen kann. Nach dem Schlußantrag von Generalanwalt *Tesauro* in der Rechtssache *Fédération Française des sociétés d'assurances* gilt der Grundsatz der Solidarität zumindest bei Systemen, die auf Freiwilligkeit beruhen, ohnehin nur sehr begrenzt.⁷⁰⁴ Diese begrenzte Wirksamkeit sei aber für die Klärung von vornherein nicht wesentlich, da die Tätigkeit ohnehin als wirtschaftlich zu qualifizieren sei: Denn die „in dem Versicherungssystem enthaltenen Elemente der Solidarität [...] stehen dieser [wirtschaftlichen] Bewertung nicht entgegen.“⁷⁰⁵ Der EuGH ist dieser Einschätzung in seiner Entscheidung vom 16.11.1995 ausdrücklich beigetreten.⁷⁰⁶

In seinen Urteilen vom 23.10.1997 zu den Im- und Exportmonopolen für Strom und Gas⁷⁰⁷ hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung zum Gesichtspunkt der Solidarität bestätigt und präzisiert.⁷⁰⁸ Mit den Worten des Gerichtshofs „hat [er selbst] im Urteil *Almelo*⁷⁰⁹ mit Betreff auf ein regionales Stromversorgungsunternehmen ausgeführt, dass die ununterbrochene Versorgung aller Abnehmer, lokaler Versorgungsunternehmen oder Endverbraucher im gesamten Konzessionsgebiet in den zu jeder Zeit geforderten Mengen zu einheitlichen Tarifen und unter Bedingungen, die nur nach objektiven Kriterien unterschiedlich sein dürfen, die für alle Kunden gelten, eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“⁷¹⁰ im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV ist. „Entsprechend hat die Kommission in ihrer Entscheidung [Ijsselcentrale u.a.⁷¹¹] bereits anerkannt, dass ein Unternehmen, dessen wichtigste Aufgabe es ist, für eine verlässliche und einwandfrei funktionierende, flächendeckende öffentliche Elektrizitätsversorgung zu möglichst niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise Sorge zu tragen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt.“⁷¹²

EuGH die Wahrnehmung öffentlicher Zwecke in den Bereichen Post, Telekommunikation, Eisenbahn nicht hat ausreichen lassen, um die Unternehmenseigenschaft zu verneinen.“

⁷⁰⁴ GA *Tesauro* in EuGH, Rs. C-244/94 (*Fédération Française des sociétés d'assurances*), Slg. 1995, S. I-4022, (4029, Tz. 19).

⁷⁰⁵ GA *Tesauro* in EuGH, Rs. C-244/94 (*Fédération Française des sociétés d'assurances*), Slg. 1995, S. I-4022, (4029, Tz. 18/20).

⁷⁰⁶ EuGH, Rs. C-244/94 (*Fédération Française des sociétés d'assurances*), Slg. 1995, S. I-4022 (4029, Rd. 18).

⁷⁰⁷ EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 ff.; EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 ff.; EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 ff.; EuGH, Rs. C-160/94 (*Kommission/Spanien*), Slg. 1997, S. I-5851 ff.

⁷⁰⁸ Zur Analyse dieser Entscheidungen siehe Baur, J., *Art. 90 Abs. 2 EGV und die Binnenmarktrichtlinie für Strom und Gas*, RdE 1999, S. 85 ff.; Lecheler/Gundel, *Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und Abs. 3 EGV in einem liberalisierten Energiemarkt – Zur Bedeutung der EuGH Entscheidungen vom 23.10.1997 für die Zukunft*, RdE 1998, S. 92 ff.; Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45 ff. Schaub/Dohms, *Der wettbewerbliche Binnenmarkt für Strom und Gas*, AG 1998, S. 566 ff.; Litpher, M., *Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH vom 23.10.1997 zu den Import- und Exportmonopolen*, RdE 1998, S. 72.

⁷⁰⁹ EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1521, Rd. 48).

⁷¹⁰ EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5834, Rd. 57).

⁷¹¹ Entscheidung 91/50/EWG der Europäischen Kommission vom 16.01.1991, ABl. EG Nr. L 28, 1991/32.

⁷¹² EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5834, Rd. 58).

Aus dieser Argumentation des EuGH wird endgültig klar, dass der Gerichtshof den Begriff „Solidarität“ nicht in einem Gegensatzverhältnis zu dem Begriff der „Wirtschaftlichkeit“ sieht. Der Gerichtshof spricht deutlich von „Sozialverträglichkeit“ der Tätigkeit und nennt objektive, als solidarisch zu kennzeichnende Charakteristika der Leistung (zum Beispiel einheitliche Tarife, objektive Kriterien bei Bedingungsfestlegung, flächendeckende Versorgung), bejaht aber dennoch auch den wirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit.

Dies läßt sich unter Berücksichtigung der bereits unter (1) gewonnenen Erkenntnisse dahingehend verallgemeinern, dass die Verfolgung öffentlicher Zwecke⁷¹³ grundsätzlich kein taugliches Abgrenzungskriterium zur Verfolgung wirtschaftlicher Tätigkeiten darstellt.⁷¹⁴ Andererseits ist der Rechtsprechung zu den Im- und Exportmonopolen für Strom und Gas zu entnehmen, dass auch der EuGH dem Grundsatz der Solidarität bei der Leistungserbringung einen großen Stellenwert bei der Klärung der Frage zubilligt, ob eine Tätigkeit als Dienst oder Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse qualifiziert werden kann. Allerdings scheint der EuGH im Gegensatz zur überwiegenden Literatur⁷¹⁵ richtigerweise davon auszugehen, dass das Element der Solidarität als Indikator vor allem bei der Frage des allgemeinen Interesses von Bedeutung ist und nicht bei der Bestimmung der Wirtschaftlichkeit einer Leistung.

(3) Das Kriterium des fehlenden Gewinnzwecks

In der *Poucet und Pistre*-Entscheidung⁷¹⁶ hat der EuGH auch die Frage, ob die zu beurteilende Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird, als ein taugliches Abgrenzungskriterium zur Bestimmung wirtschaftlicher Tätigkeiten von nichtwirtschaftlichen Betätigungen herangezogen.⁷¹⁷ Dies mutet nicht nur falsch, sondern auch widersprüchlich an, da er selbst bereits 1980 in der *Van Landewijk*-Entscheidung⁷¹⁸ Tätigkeiten einer Unternehmensvereinigung, die keinen Gewinnzweck verfolgen, als wirtschaftliche Tätigkeiten eingestuft hat. Gleiches entschied der EuGH auch hinsichtlich der Leistungen der Bundesarbeit für Arbeit, die mit ihrer Vermittlung keinen Gewinn erzielt.⁷¹⁹ Generalanwalt

⁷¹³ Zum Beispiel solidarische, soziale, fürsorgliche oder kulturelle Zwecke.

⁷¹⁴ Auch in der Rechtssache *Corbeau* hat der EuGH den Ausschluß von Wettbewerbskonkurrenten unter dem Gesichtspunkt der Quersubventionierung unrentabler durch rentable Unternehmensbereiche unter gewissen Umständen für zulässig erklärt, vgl. EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533 (2569, Rd. 18). In solchen Fällen, in denen Quersubventionen nicht dem Zwecke einer günstigen Unternehmensbilanzierung dienen, sind sie als Umverteilungs- oder Solidarmaßnahme zu qualifizieren. Ähnlich auch Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 178: „Wenn gerade solche Unternehmen unter Art. [86] Abs. 2 EGV fallen, die ohne Rücksicht auf Rentabilitätsgesichtspunkte im Einzelfall flächendeckende Leistungen erbringen, dann stehen deutlich regional- oder sozialpolitische Gründe im Vordergrund.“

⁷¹⁵ In dieser Richtung Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90, Rd. 37; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlmann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 2, Art. 90 EWGV, Rd. 48 m.w.N.; Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H.II., Rd. 151 m.w.N.; Weiß, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 81 EGV, Rd. 36.

⁷¹⁶ EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Slg. 1993, S. I-664 ff.

⁷¹⁷ EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Slg. 1993, S. I-664 (670, Rd. 18).

⁷¹⁸ EuGH, Rs. 218/78 (*van Landewijk*), Slg. 1980, S. 3125 (3250, Rd. 88: „Unternehmensvereinigung ohne Gewinnzweck“).

⁷¹⁹ EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2017, Rd. 24); ebenso EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7148, Rd. 26); zum Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit

Tesauro vertrat in seinen Schlußanträgen vom 18. April 1991 der Rechtssache *Collective Antennevoorziening Gouda* richtigerweise die Ansicht, dass der nichtkommerzielle Charakter einer Leistung allein noch kein zwingendes Erfordernis darstellen kann, die Tätigkeit als nichtwirtschaftlich zu bewerten.⁷²⁰ Dieser Auffassung ist inzwischen auch wieder der EuGH in seinen Entscheidungen zur Pflichtmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds vom 21. September 1999 beigetreten.⁷²¹

Auch nach Ansicht der meisten Autoren in der Literatur kann die fehlende Gewinnerzielungsabsicht höchstens ein Indiz, nicht aber ein konstituierendes Kriterium zur Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten sein.⁷²² Dies entspricht auch der von der Europäischen Kommission in der ersten Transparenzrichtlinie geäußerten Auffassung.⁷²³ Die vereinzelt geäußerte Gegenmeinung⁷²⁴ ist abzulehnen, da – wie oben bereits festgestellt wurde – es zur Bestimmung der Frage, ob eine wirtschaftliche Leistung vorliegt, nicht auf die subjektive Sichtweise (Zweckbestimmung) des Leistungserbringers ankommen kann, sondern dass es zur Qualifizierung einer Tätigkeit als wirtschaftlich allein auf objektive Charakteristika der Tätigkeit ankommen muss.

dd) SAT Fluggesellschaft

In seinem Urteil vom 19.01.1994 in der Rechtssache *SAT Fluggesellschaft*⁷²⁵ ist schließlich auch der EuGH erstmals ausdrücklich dazu übergegangen, wirtschaftliches und hoheitliches Tätigwerden allein aufgrund objektiver Charakteristika der Leistungserbringung von einander abzugrenzen.

(1) Sachverhalt

Die Firma SAT hatte geltend gemacht, dass die von der europäischen Organisation für Flugsicherung⁷²⁶ (Eurocontrol) ausgeübten Forschungs- und Koordinierungstätigkeiten sowie

und dem Urteil des EuGH in dieser Sache siehe Haverkate/Huster, *Europäisches Sozialrecht – Eine Einführung*, 1999, S. 297, Rd. 480 ff. m.w.N.

⁷²⁰ GA *Tesauro* in den Schlußanträgen zu EuGH, Rs. C-288/89 (*Collective Antennevoorziening Gouda*) Slg. 1991, S. I-4007 (4026, Tz. 8).

⁷²¹ EuGH, Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6147, Rd. 69); EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6053, Rd. 79); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5887, Rd. 79).

⁷²² Vgl. Müller-Graff, P.-C., in: ders./Hailbronner/Klein/Magiera (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 85 EGV, Rd. 34; Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 41; Schröter, H., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *Kommentar zu EU-/EG-Vertrag*, 1999, Band 2/I, Vorb. zu Art. 85 bis 89 EGV, Rd. 22 m.w.N.; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 2, Art. 90 EWGV, Rd. 16; Koch, N., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1993, Art. 85 EGV, Rd. 7; Deringer, A., *EWG-Wettbewerbsrecht*, 1964, Art. 85 EWG, Rd. 7; Burkert/Hirsch, in: Gleiss/Hirsch (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 1993, Band 1, Art. 85 EGV, Rd. 22; Mailänder, P., in: *Wettbewerbsfragen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 1978, Art. 85 EWGV, Rd. 4.

⁷²³ Richtlinie der Europäischen Kommission vom 25.06.1980, ABl. EG Nr. L 195/35, Erwägungsgründe, S. 35.

⁷²⁴ Siehe nur Bunte, H.-J., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1, Art. 85 EGV, Rd. 5.

⁷²⁵ EuGH, Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft*), Slg. 1994, S. I-43 ff.

⁷²⁶ Nach Art. 1 des am 13.12.1960 in Brüssel geschlossenen Übereinkommens über ihre Gründung (geändert am 12.02.1981 durch das Brüsseler Protokoll) ist Eurocontrol eine internationale Organisation mit regionaler Aufgabenstellung, die die Zusammenarbeit der Vertragsstaaten auf dem Gebiet der Flugsicherung enger gestalten und gemeinsame Tätigkeiten auf diesem Gebiet unter Berücksichtigung der Erfordernisse der

die Einziehung der Streckengebühren nicht zum *ius imperii* des Staates gehörten, sondern Tätigkeiten wirtschaftlicher Art darstellten, die von privatrechtlichen Firmen ausgeübt werden könnten. Selbst die Tätigkeit der Flugverkehrskontrolle habe wirtschaftlichen Charakter, was dadurch bestätigt werde, dass diese Kontrolle in bestimmten Mitgliedstaaten von privaten Unternehmen wahrgenommen werde. Zudem machte SAT hilfsweise geltend, dass zumindest die Einziehung der Streckengebühren durch Eurocontrol eine Tätigkeit wirtschaftlicher Art darstelle.⁷²⁷

(2) Entscheidungsgründe des EuGH

Der EuGH hat dem Vorbringen von SAT entgegengehalten, dass sich die Einziehung der Streckengebühren betreffenden Tätigkeiten von Eurocontrol von den anderen Tätigkeiten der Organisation nicht trennen ließen. Daher sei Eurocontrol, wie schon 1976 in der Rechtssache *LTU/Eurocontrol*⁷²⁸ durch den Gerichtshof festgestellt, bei ihrer die Einziehung der Gebühren betreffenden Tätigkeit als eine in Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelnde Behörde anzusehen.⁷²⁹ In letzterer Entscheidung hatte der EuGH pauschal festgestellt, dass die Beitreibung von Gebühren, die eine Privatperson einer öffentlichen Stelle für die Inanspruchnahme von deren Diensten oder Einrichtungen schuldet, eine Tätigkeit nichtwirtschaftlicher Art sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn diese Inanspruchnahme zwingend und ausschließlich sei und die Gebührensätze, die Art ihrer Berechnung und das Erhebungsverfahren einseitig gegenüber dem Benutzer festgesetzt werden.⁷³⁰ Abschließend hielt der EuGH fest, dass in ihrer Gesamtheit die Tätigkeiten von Eurocontrol ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach mit der Ausübung von Vorrechten zusammenhängen, die typischerweise hoheitlicher Art seien und keinen wirtschaftlichen Charakter aufwiesen.⁷³¹

In Anlehnung an seine Entscheidung *SAT Fluggesellschaft* knüpfte der Gerichtshof 1995 auch in der Rechtssache *Fédération Française des sociétés d'assurances* an bestimmte hoheitliche Regelungen und Vorrechte im Wettbewerb an und entschied, dass Tätigkeiten von Sozialversicherungsträgern als nichtwirtschaftlich zu charakterisieren seien, wenn eine Zwangsmitgliedschaft⁷³² besteht und/oder wenn die gewährten, gesetzlich festgelegten Leistungen für Krankheit und Mutterschaft unabhängig von den Einzahlungen für alle Sozialversicherungsnehmer gleichartig sind.⁷³³

Landesverteidigung und Gewährleistung eines mit dem erforderlichen Sicherheitsgrad zu vereinbarenden Höchstmaßes an Handlungsfreiheit für alle Luftraumbenutzer weiterentwickeln soll. Sie handelt in Zusammenarbeit mit den Zivil- und Militärbehörden der Vertragsstaaten.

⁷²⁷ EuGH, Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft*), Slg. 1994, S. I-43 (60, Rd. 15).

⁷²⁸ EuGH, Rs. 29/76 (*LTU/Eurocontrol*), Slg. 1976, S. 1541 (1550, Rd. 4).

⁷²⁹ EuGH, Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft*), Slg. 1994, S. I-43 (63, Rd. 28).

⁷³⁰ EuGH, Rs. 29/76 (*LTU/Eurocontrol*), Slg. 1976, S. 1541 (1550, Rd. 4).

⁷³¹ EuGH, Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft*), Slg. 1994, S. I-43 (64, Rd. 30).

⁷³² Argumentum e contrario aus EuGH, Rs. C-244/94 (*Fédération Française des sociétés d'assurances*), Slg. 1995, S. I-4022, 4028, Rd. 17: „Zunächst ist die Mitgliedschaft [...] freiwillig.“

⁷³³ Zustimmend auch Weiß, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 81 EGV, Rd. 36.

Aus beiden Entscheidungen ist abzulesen, dass der Gerichtshof nun davon ausgeht, dass eine hoheitliche Tätigkeit immer dann vorliegt, wenn die Tätigkeit ihrer Art nach nur von öffentlichen Einrichtungen ausgeübt werden kann. Dies ist seiner Ansicht nach immer schon dann der Fall, wenn hinsichtlich der Leistungserbringung Vorrechte bestehen, die typischerweise hoheitlicher Art sind.

ee) Betriebsrenten- und Berufsrentenfonds

In seinen Betriebsrentenfonds-Entscheidungen vom 21.10.1999⁷³⁴ hat der EuGH allerdings das Kriterium der Zwangsmitgliedschaft deutlich aufgeweicht. In seinen Urteilsbegründungen vertritt der Gerichtshof nun die Auffassung, dass auch ein Betriebsrentenfonds, bei dem die Mitgliedschaft für alle Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweigs durch den Staat verbindlich vorgeschrieben ist und der nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt⁷³⁵, sofern die Fonds unter gewissen Voraussetzungen Freistellungen zugunsten anderer, privater Rentenversicherungen erteilen können.⁷³⁶ Auf exakt gleicher Argumentationslinie liegt auch die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Pavlov/Stichting Pensioenenfonds* vom 12.09.2000, in der er die Tätigkeit eines Fachärzte-Berufsrentenfonds trotz fehlender Gewinnerzielungsabsicht, Ausübung eines sozialen Zwecks, solidarischer Tarifgestaltung und Zwangsmitgliedschaft mit Freistellungsmöglichkeit dennoch als wirtschaftlich qualifizierte.⁷³⁷

e) Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Stellungnahme

aa) Systematisierung der Kriterien des EuGH

Zusammenfassend läßt sich festhalten, dass der EuGH zur Abgrenzung von hoheitlichem und wirtschaftlichem Handeln nicht mehr auf subjektive Elemente der Leistungserbringung abstellt, sondern nun mehr nur noch zwei objektive Kriterien als wesentlich heranzieht: Eine wirtschaftliche Tätigkeit soll dann vorliegen, wenn eine Einheit, nach dem Kapitalisierungsprinzip⁷³⁸ handelnd, sich an einem freiwilligen marktbezogenen Austauschprozess beteiligt. Dagegen soll hoheitliches, nichtwirtschaftliches Tätigwerden vorliegen, wenn hoheitlich verliehene Sonderrechte es einer Partei ermöglichen, den

⁷³⁴ EuGH, Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 ff.; EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 ff.); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 ff.).

⁷³⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6147, Rd. 69); EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6053, Rd. 79); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5887, Rd. 79).

⁷³⁶ Vgl. EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6054, Rd. 83); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5888, Rd. 83); EuGH, Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6157, Rd. 108).

⁷³⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 12.09.2000, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 (*Pavlov/Stichting Pensioenenfonds*), Rd. 116 (noch nicht in Slg.).

⁷³⁸ In der Rechtssache *Fédération Française des sociétés d'assurances* definiert der EuGH das Kapitalisierungsprinzip damit, dass die von der in Frage stehenden Einrichtung gewährten Leistungen sich ausschließlich nach der Höhe der von den Leistungsempfängern gezahlten Beiträge und den Erträgen der von der Einrichtung vorgenommenen Investitionen richten, vgl. EuGH, Rs. C-244/94 (*Fédération Française des sociétés d'assurances*), Slg. 1995, S. I-4022 (4028, Rd. 17).

Austauschprozess durch bestimmte Maßnahmen zu erzwingen und/oder die am Markt tätige Einheit nicht nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet.

bb) Kritik an den geltenden Abgrenzungskriterien

(1) Zwangsmitgliedschaft

Ob das Kriterium staatlicher Vorrechte, wie zum Beispiel der Zwangsmitgliedschaft im Falle der staatlichen Sozial- oder Rentenfondsversicherungen, zur Abgrenzung von hoheitlichem und wirtschaftlichem Tätigwerden einer Einrichtung geeignet ist, erscheint zweifelhaft. Auch der Gerichtshof scheint zuletzt in seinen Betriebsrentenfonds-Entscheidungen von diesem Kriterium vorsichtig Abstand zu nehmen.

Es ist unbestritten, dass die rechtliche Gestaltung der allgemeinen Rahmenbedingungen für die Betätigung einer dem Staat zuzurechnenden Einrichtung regelmäßig eine rein hoheitliche und keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, da offensichtlich die Ausübung staatlicher Gewalt durch Rechtsetzung, Rechtsprechung oder behördliches Handeln nicht durch den Austausch von Gütern oder Dienstleistungen am Markt gekennzeichnet ist.⁷³⁹ Davon ist allerdings die Frage zu unterscheiden, ob die Tätigkeiten, die die Einrichtung im Rahmen dieser Vorgaben selbst ausübt, wirtschaftlicher Natur sind.

Dies richtet sich nach der *Sacchi*-Entscheidung des EuGH allein nach der objektiven Charakteristik der Tätigkeit. Legt man das soeben beschriebene Trennungsprinzip zwischen Tätigkeit und Rahmenbedingungen zugrunde, ist bei der Ermittlung der objektiven Charakteristik der Tätigkeit konsequenterweise auch zunächst allein auf die Aufgabe (Austausch von Gütern oder Dienstleistungen am Markt nach dem Kapitalisierungsprinzip) und nicht darauf abzustellen, innerhalb welcher Rahmenbedingungen die Tätigkeit ausgeführt wird. Systematisch läßt sich dieses Argument durch den Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 EGV stützen, der von der übertragenen Aufgabe, die nicht verhindert werden darf, und nicht von Rechten spricht.⁷⁴⁰

Auch wenn Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art. 86 Abs. 2 EGV autonom zu bestimmen sind, liegen dem gemeinschaftsrechtlichen Konzept zumindest die nationalen Ausprägungen gemeinwohlorientierter Dienste in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zugrunde, die unter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausnahmslos Aufgabenbereiche verstehen, und nicht nur einzelne Befugnisse und Sonderrechte.⁷⁴¹ Ob ein Transaktionspartner bei der Ausübung von marktbezogenen

⁷³⁹ Burkert/Hirsch, in: Gleiss/Hirsch (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, Band 1, 1993, Art. 85 EGV, Rd. 42 m.w.N.; Bunte, H.-J., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Band 1, Art. 85 EGV, Rd. 7 m.w.N.

⁷⁴⁰ Ähnlich Lecheler, H., *Die Versorgung mit Strom und Gas als 'service public' und die Bedeutung der service-public Doktrin für Art. 90 Abs. 2 EGV*, RdE 1996, S. 212 (216), der darauf abstellt, dass Art. 86 Abs. 2 EGV eine Sonderstellung für Aufgabenbereiche einräumt.

⁷⁴¹ Ebenso Lecheler, H., *Die Versorgung mit Strom und Gas als 'service public' und die Bedeutung der service-public Doktrin für Art. 90 Abs. 2 EGV*, RdE 1996, S. 212 (216) hinsichtlich der Abgrenzung von Art. 86 Abs. 1 zu Art. 86 Abs. 2 EGV.

Tätigkeiten von staatlich verliehenen Sonderrechten Gebrauch macht, erscheint daher für die Qualifikation einer Tätigkeit als wirtschaftlich unbeachtlich.⁷⁴² Zur Klärung der Frage, ob eine Tätigkeit eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV darstellt, muss daher allein an der Aufgabenübertragung und nicht an der etwaigen Verleihung von Sonderrechten angeknüpft werden.⁷⁴³ Es muss für die Bejahung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausreichen, dass ein marktfähiges Gut in möglicher Konkurrenz mit anderen privaten Leistungserbringern auf Märkten angeboten oder nachgefragt werden kann.⁷⁴⁴ Hierbei ist das Kriterium des potentiellen Wettbewerbs rein tatsächlich, unabhängig von den geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu bestimmen. Andererseits stünde das Kriterium der wirtschaftlichen Tätigkeit zur Disposition der Mitgliedstaaten.

Gegen die Trennung von materieller Aufgabenerfüllung und den der Einrichtung verliehenen Rechten könnte man allerdings einwenden, dass eine Einrichtung, die in ihrer Eigenschaft als durch Gesetz geschaffene und geregelte Körperschaft lediglich das staatliche Gesetz anwendet, auch keine wirtschaftliche Tätigkeit im materiellen Sinne durchführt⁷⁴⁵, da die Tätigkeit insofern „ausschließlich in der Erfüllung einer im Recht der Mitgliedstaaten begründeten öffentlich-rechtlichen Pflicht vorliegt“⁷⁴⁶. Es ist zwar auch richtig, dass die Traditionen der einzelnen Mitgliedstaaten nicht völlig unberücksichtigt bleiben dürfen.⁷⁴⁷ Es darf aber nicht zu sehr auf das staatliche Gesetz oder das nationale Recht abgestellt werden. Denn nur eine eigenständige gemeinschaftsrechtliche Abgrenzung der hoheitlichen von wirtschaftlicher Betätigung des Staates kann eine zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten divergierende Auslegung dieser Begriffe verhindern.⁷⁴⁸ Die Entscheidungsfindung des Europäischen Gerichtshofs in seinen Entscheidungen zu *Poucet und Pistre*⁷⁴⁹, *SAT Fluggesellschaft*⁷⁵⁰ sowie *LTU/Eurocontrol*⁷⁵¹ ist aus diesen Gründen abzulehnen. Richtigerweise hätte der Gerichtshof in diesen Entscheidungen eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht aufgrund des Kriteriums der Zwangsmitgliedschaft verneinen dürfen. Es darf nicht im

⁷⁴² Zustimmung Emmerich, V., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 1, A. Art. 85 Abs. 1 EGV, Rd. 30 m.w.N.: „Die Abgrenzung ist schwierig, zumal angesichts der sehr unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten. Einerseits trifft es zwar sicher zu, dass die Kategorien des nationalen Rechts für die Abgrenzung nicht allein maßgeblich sein können, so dass von Fall zu Fall die Wettbewerbsregeln auch auf „wirtschaftliche“ Tätigkeiten angewandt werden können, die in öffentlich-rechtliche Formen gegossen sind, sofern nur diese Tätigkeiten materiell als wirtschaftlich zu qualifizieren sind [...]“.

⁷⁴³ Ähnlich Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 31.

⁷⁴⁴ So auch Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H.II, Rd. 44.

⁷⁴⁵ So GA Trabucchi in seinen Schlußanträgen zu EuGH, Rs. 94/74 (*IGAV/ENCC*), Slg. 1975, S. 699 (723, Tz. 8).

⁷⁴⁶ Mestmäcker, E.-J., *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, S. 646; ähnlich verneint eine wirtschaftliche Tätigkeit auch GA Trabucchi in seinen Schlußanträgen zu EuGH, Rs. 94/74 (*IGAV/ENCC*), Slg. 1975, S. 699, 723, Tz. 8, „wenn es an jeder Wahlmöglichkeit fehlt und sie zwangsweise in einer staatlichen Körperschaft zusammengeschlossen sind, die [...] in hoheitlicher Stellung zur Verwirklichung der durch das staatliche Gesetz festgelegten öffentlichen Interessen handelt.“

⁷⁴⁷ Emmerich, V., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 1, A. Art. 85 Abs. 1 EGV, Rd. 30.

⁷⁴⁸ So auch Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 76; Troberg, P., in: Groeben/Thiesing/Ehlmann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 55 EGV, Rd. 3.

⁷⁴⁹ EuGH, verbundene Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Slg. 1993, S. I-664 ff.

⁷⁵⁰ EuGH, Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft*), Slg. 1994, S. I-43 ff.

⁷⁵¹ EuGH, Rs. 29/76 (*LTU/Eurocontrol*), Slg. 1976, S. 1541 ff.

Belieben des Staates liegen, bei auch von Privaten zu erbringenden Leistungen nationale Souveränitätsreserven zu schaffen. Schließlich kann auch das Argument, es liege in der Natur der Sache, dass es bei der Flugsicherung keinen Wettbewerb geben könne⁷⁵², bei der vorgeschalteten Frage, ob es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt, keine Rolle spielen, sondern nur auf der Ebene, auf der es um die Rechtfertigung staatlicher Eingriffe in den Wettbewerb geht.

(2) Kapitalisierungsprinzip und Austauschverhältnis

Vor allem in seinen Entscheidungen zu der Betätigung von Sozialversicherungsträgern⁷⁵³ hat der Gerichtshof zudem festgestellt, dass der Aspekt der Einkommensumverteilung dazu zwingt, eine Tätigkeit als nichtwirtschaftlich zu qualifizieren: Ihr fehle insoweit das zentrale, eine wirtschaftliche Tätigkeit kennzeichnende Element, nämlich dass sich die von der Einrichtung erbrachten Leistungen ausschließlich nach der Höhe der von den Leistungsempfängern gezahlten Beiträge richten. In der Entscheidung *LTU/Eurocontrol* deklarierte der EuGH zudem die Tätigkeit von Eurocontrol vor allem deshalb als eine hoheitliche Tätigkeit, da die Gebührensätze sowie die Art ihrer Berechnung und das Erhebungsverfahren einseitig gegenüber dem Benutzer festgesetzt wurden.⁷⁵⁴

Letzteres Argument erscheint schon deshalb verfehlt, da typischerweise in der Realität beim Austausch wirtschaftlicher Leistungen eine Seite den Wert der von ihr erbrachten Leistung (regelmäßig der Kaufpreis) einseitig bestimmt: Wer Brot kaufen oder heizen will, muss regelmäßig den Preis des Bäckers und des Heizungsöllieferanten akzeptieren, wenn er nicht hungern oder frieren möchte. Bleibt der in Frage stehenden Einrichtung, sei sie privat oder öffentlich-rechtlich tätig, wegen gesetzlicher oder administrativer Vorgaben kein Spielraum für die Festlegung ihrer Geschäftsbedingungen, insbesondere der Preise, so bleibt die Tätigkeit, die sie ausübt, trotzdem eine wirtschaftliche.⁷⁵⁵ Dies ergibt sich schon aus dem oben beschriebenen Prinzip der Trennung von Aufgabe und Regelung.

Soweit der Staat durch seine Tätigkeit Umverteilungsmaßnahmen zwischen den Bürgern durchführt, kann dies auch keinen Einfluß auf die Bewertung staatlicher Tätigkeiten als nichtwirtschaftlich haben.⁷⁵⁶ Dieser Ansicht ist selbst der EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Corbeau*⁷⁵⁷ gefolgt, in der ihn Umverteilungsmaßnahmen in Form von

⁷⁵² So Seidl-Hohenveldern, I., *Eurocontrol und EWG-Wettbewerbsrecht*, in: Ginther/Hafner/Lang/Neuhold/Sucharipa-Behrmann (Hrsg.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität*, FS-Zemanek, 1994, S. 251 (271). Siehe auch derselbe, *Anmerkung zur „Eurocontrol“-Entscheidung*, EWS 1994, S. 132 ff.; Kunz-Hallstein, P., *Internationale Organisationen im Rechtsverkehr*, EuZW 1994, S. 402 (404).

⁷⁵³ Siehe EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Slg. 1993, S. I-664 (670, Rd. 18); EuGH, Rs. C-244/94 (*Fédération Française des sociétés d'assurances*), Slg. 1995, S. I-4022 (4028, Rd. 17); EuGH, Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6147, Rd. 69); EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6053, Rd. 79); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5887, Rd. 79).

⁷⁵⁴ EuGH, Rs. 29/76 (*LTU/Eurocontrol*), Slg. 1976, S. 1541 (1550, Rd. 4).

⁷⁵⁵ So auch Burkert/Hirsch, in: Gleiss/Hirsch (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 1993, Band 1, Art. 85 EGV, Rd. 45.

⁷⁵⁶ Zustimmend Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 43.

⁷⁵⁷ EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533 ff.

Quersubventionierung unrentabler durch rentable Bereiche eines Postdiensts nicht davon abgehalten haben, die Tätigkeit des Postdiensts dennoch als wirtschaftlich einzustufen.⁷⁵⁸ Die Richtigkeit dieses Ergebnisses läßt sich auch anhand eines weiteren Beispiels verdeutlichen. In Deutschland und den anderen Mitgliedsländern der Europäischen Union existieren für Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen – die zweifelsohne eine wirtschaftliche Tätigkeit durchführen – verteilungspolitische Vorgaben, deren Ziel darin besteht, ein flächendeckendes Angebot zu erschwinglichen Preisen sicherzustellen.⁷⁵⁹ Die staatliche Pflichtsozialversicherung verfolgt unter anderem exakt dasselbe Ziel. Daher kann bei ihr der Umverteilungsaspekt auch nicht zu einer anderen Bewertung führen. Selbst bei einer Pflichtversicherung gilt bisher das Motto: ohne Einzahlung keine Versicherung. Daher liegt auch hier zwischen Einzahlung und in Anspruch genommener Versicherungsleistung ein synallagmatisches Gegenseitigkeitsverhältnis vor.⁷⁶⁰

cc) Neubestimmung

(1) Binnenmarktregeln und öffentliche Wirtschaftstätigkeit

Die obige Analyse hat deutlich gemacht, dass der EuGH bemüht ist, öffentliche Verwaltungstätigkeit, die über den Bereich der reinen Eingriffsverwaltung hinausgeht, nicht unter den funktional zu bestimmenden Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit zu subsumieren.⁷⁶¹ Seine Rechtsprechung erscheint inhomogen, widersprüchlich und inkonsequent. Will der EuGH den Begriff der Wirtschaftlichkeit tatsächlich rein funktional bestimmen, so muss er endgültig anerkennen, dass der nationale Gesetzgeber die Definitionsmacht darüber verloren hat, was als öffentliche Verwaltung seiner alleinigen Regelungsbefugnis unterliegt.

Als Ergebnis kann daher zunächst folgendes festgehalten werden: Es war zu fragen, ob Prinzipien wie Solidarität und soziale Zweckverfolgung oder die Verfolgung anderer sog. „öffentlicher“ Ziele wie beispielsweise die Flugsicherung schon tatbestandlich zur Freistellung vom Anwendungsbereich der unternehmensbezogenen Wettbewerbsregeln des EGV legitimieren. Die Frage muss, wenn man den funktionalen Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit richtig versteht, verneint werden. Richtig verstanden und konsequent angewendet beinhaltet damit der funktionale Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit potentiell eine gewaltige Sprengkraft für nationale Verwaltungsmonopole⁷⁶², da diese sich im Falle wirtschaftlichen Tätigwerdens uneingeschränkt an den unternehmensbezogenen Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags messen lassen müssen.

⁷⁵⁸ EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533 (2568, Rd. 15)

⁷⁵⁹ Vgl. Nachweise bei Fritsch/Wein/Ewers, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 252, Rd. 9.3.

⁷⁶⁰ Ähnlich auch Haverkate/Huster, *Europäisches Sozialrecht*, 1999, S. 303, Rd. 489 zum Umlageverfahren zur Finanzierung der staatlichen Sozialversicherung: „So wie die Steuerfinanzierung der Staatsausgaben ja auch nichts anderes ist als ein Umlageverfahren, wonach die Ausgaben des Jahres 1998 aus den Steuereinnahmen des Jahres 1998 finanziert werden.“

⁷⁶¹ Ebenso Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im Europäischen Recht*, 1996, S. 37.

⁷⁶² „Wie man diese Frage beantwortet, entscheidet wesentlich mit über die künftige Gestalt des europäischen Sozialstaats“, so Haverkate/Huster, *Europäisches Sozialrecht*, 1999, S. 286, Rd. 460.

Die gegenwärtige Rechtsprechung des EuGH knüpft an den rechtlichen Status der betreffenden Unternehmen in den Mitgliedstaaten an und führt zu einer nach der Systematik des EG-Vertrags dogmatisch nicht haltbaren Schaffung von Bereichsausnahmen zugunsten bestimmter mitgliedstaatlich privilegierter Unternehmen, die keiner Kontrolle durch die Binnenmarktregeln unterliegen.⁷⁶³ Wie bereits oben in Teil 2 festgestellt, bleiben zwar gemäß Art. 98, 99 EGV die nationalen Regierungen weiterhin verantwortlich für die nationalen Wirtschaftspolitiken sowie für deren enge Koordinierung im Rat. Hieraus allerdings abzuleiten, dass die wirtschaftspolitische Zuständigkeit weiterhin allein den Mitgliedstaaten obliegt, kann aber schon deshalb nicht richtig sein, da der Gemeinschaft gemäß Art. 14 EGV die Verantwortung zugewiesen ist, den Binnenmarkt zu verwirklichen.⁷⁶⁴ Staatliche Wirtschaftstätigkeit ist daher uneingeschränkt an den EG-Vertragsregeln, insbesondere an den Binnenmarktregeln, zu überprüfen. Aus Art. 295 und 86 Abs. 1 EGV lassen sich keine „Souveränitätsreserven“⁷⁶⁵ hinsichtlich staatlicher Eingriffe in den Wettbewerb ableiten.⁷⁶⁶ Wenn man schon von vornherein bestimmte Sachgebiete und Tätigkeiten unter dem Siegel der hoheitlichen Einflußnahme aus dem Schutzbereich der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts ausnimmt, wird die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes stark beeinträchtigt, da ganze Sachgebiete auf nationalen Märkten in direktem Widerspruch zur Zielsetzung des Binnenmarktes voneinander abgeschottet werden können. Die Auffassung, hoheitliche Einflußnahme schließe wirtschaftliche Tätigkeit aus, verkennet zudem die Schlüsselfunktion von Art. 86 Abs. 2 EGV, der die schrittweise Einordnung der öffentlichen Sektoren in den Binnenmarkt mit Hilfe des Gemeinschaftsrechts zum Ziel hat. Die Anwendung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln führt auch nicht zu einem automatischen antistaatlichen oder antihöheitlichen Prozess, wohl aber zu einem gesteigerten Begründungszwang, da jeder bisher als hoheitlich deklarierte und daher bisher von vornherein aus dem Anwendungsbereich des EGV ausgenommene Sachbereich auf seine Vereinbarkeit mit den Verbots- und Erlaubnistatbeständen des Gemeinschaftsrechts zu überprüfen ist.⁷⁶⁷

(2) Staatsaufgaben

Dies könnte man nur dann verneinen, wenn man die Ansicht vertritt, dass es kernhöheitliche Ausnahmehereiche gibt, die unter dem Schlagwort „Staatsaufgaben“ von vornherein nicht unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit fallen, sondern ihn praktisch tatbestandlich ausschließen. Gedanklicher Ausgangspunkt muss hierbei die Frage sein, ob eine bestimmte Tätigkeit als Staatsaufgabe schon begrifflich dem Staat und nicht der Wirtschaft zugeordnet ist. Auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts verspricht eine Definition der Staatsaufgaben

⁷⁶³ Kritisch auch Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 15; Bieback, K.-J., *Die Kranken- und Pflegeversicherung im Wettbewerbsrecht der EG*, EWS 1999, S. 361 (366 ff.)

⁷⁶⁴ Vgl. Müller-Graff, P.-C., *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht*, 1984, S. 267.

⁷⁶⁵ Müller, J., *Dienstleistungsmonopole im System des EWGV*, 1988, S. 23.

⁷⁶⁶ Müller-Graff/Zehetner, *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 1991, S. 33; Basedow, J., *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992, S. 35; Mestmäcker, E.-J., *Staat und Unternehmen im Europäischen Gemeinschaftsrecht – zur Bedeutung des Art. 90 EWGV*, *RabelsZ* 1988, S. 526 (535); So auch Schlußanträge des GA Reischl in EuGH, verb. Rs. 188/80 bis 190/80 (*Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission*), Slg. 1982, S. 2545 (2588).

⁷⁶⁷ Im Zusammenhang mit einer anderen Fragestellung so auch Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 207.

durch Anknüpfung an formelle Kriterien – wie bereits oben gezeigt – keinen Erfolg. Die Unschärfen in der Rechtsprechung des EuGH haben deutlich gemacht, wie schwierig eine Aufgabe mit Hilfe materieller, beschreibender Kategorien als Staatsaufgabe in Abgrenzung zur Wirtschaft zu bestimmen ist. Die Ursache scheint darin zu liegen, dass die besonderen Eigenheiten des Sachbereichs der gemeinwohlorientierten Leistungen Strukturen hervorgebracht haben, die sich den genannten Kategorisierungsversuchen des Europäischen Gerichtshofs beharrlich entziehen.

Die auf den ersten Blick einfach erscheinende Entgegensetzung von Staat und Wirtschaft, von öffentlichem und privatem Interesse, von Staatsaufgabe und individueller Freiheitsbetätigung ist als Abgrenzungskriterium unbrauchbar, da „nicht nur die Gesellschaft für den Staat, sondern auch der Staat für die Gesellschaft durchlässig geworden ist.“⁷⁶⁸ Letzteres zeigt sich auch darin, dass es praktisch keine gesicherte Staatsaufgabenlehre gibt⁷⁶⁹, noch geeignete Bestimmungskriterien.⁷⁷⁰ Insbesondere Böckenförde weist darauf hin, dass die zunehmende Identifikation von Staat und Wirtschaft den Staat aus seiner Position des höheren Dritten verdrängt⁷⁷¹ und sich daher die Frage stellt, ob das Verhältnis von Staat und Wirtschaft noch mit dem Unterscheidungsprinzip zutreffend beschrieben und normativ gesteuert werden kann.⁷⁷²

Auch von sozialwissenschaftlicher Seite ist die staatsrechtliche Unterscheidung von Staat und Gesellschaft unter maßgeblichem Einfluß der Systemtheorie⁷⁷³ seit langem massiver Kritik ausgesetzt. Ausgangspunkt ist die Diagnose, dass es sich „innerhalb moderner, ausdifferenzierter Gesellschaften um politische Interaktionsbeziehungen und Handlungssysteme mehrfach gesteigerter Komplexität“⁷⁷⁴ handelt. Das Ordnungsmodell, an dem sich verschiedene Formen und Intensitäten staatlicher Beeinflussung orientieren, stellt sich nicht mehr als eine dem Staat als „Nicht-Staat“ gegenüberstehende Gesellschaft, sondern als ein „institutionell vielfältig gegliederter, überwiegend hoch organisierter und aus systemtheoretischer Perspektive besser verständlicher Raum sozialer Beziehungen oder

⁷⁶⁸ So explizit Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 134/135; Ladeur, K.-H., in: Denniger, E. (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz – Alternativkommentar*, 1989, Art. 19 Abs. 3, Rd. 43.

⁷⁶⁹ Vgl. Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1999, S. 135; Hagenah, E., in: *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, 1989, S. 389 ff.; Grimm, D., *Staatsaufgaben*, 1994, S. 9 ff. und S. 771 ff.; Schmidt, R., *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 1990, S. 520; Wahl, R., *Staatsaufgaben und Verfassungsrecht*, in: Ellwein/Hesse (Hrsg.), *Staatswissenschaften*, 1990, S. 29 m.w.N. in Anm. 2; Osterloh, L., *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, VVDStRL 1995, S. 204 (207); Bauer, H., *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, VVDStRL 1995, S. 243 (249 f.).

⁷⁷⁰ Isensee, J., *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: Isensee/Kirchhof, (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts* III, 1988, Rd. 132.

⁷⁷¹ Böckenförde, E.-W., *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart*, in: ders. (Hrsg.), *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, S. 185 (206 ff.).

⁷⁷² Böckenförde, E.-W., *Staat und Gesellschaft*, in: *Staatslexikon*, 1989, Sp. 288; Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 143.

⁷⁷³ Siehe hierzu Bußhoff, H., *Der Staat als politisches System*, in: Voigt, R. (Hrsg.), *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, 1993, S. 121 ff.; Rosewitz/Schimank, *Verselbständigung und politische Steuerbarkeit gesellschaftlicher Teilsysteme*, in: Mayntz, R. (Hrsg.), *Differenzierung und Verselbständigung*, 1988, S. 295 (298 ff.).

⁷⁷⁴ So Massing, O., *Souveränität – Ein unverzichtbarer Anachronismus?*, in: Voigt, R. (Hrsg.), *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, 1993, S. 51 (80).

Kommunikationen⁷⁷⁵ dar.⁷⁷⁶ Daher erweist sich die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als organisatorisches Prinzip zunehmend als Fiktion.⁷⁷⁷ Aus sozialwissenschaftlicher Sicht erscheint die Gegenüberstellung von „mehr Staat“ oder „mehr Markt“ als trivial und von der Wirklichkeit einer komplexen und notwendigen Interdependenz beider Steuerungsprinzipien eingeholt.⁷⁷⁸

Es bleibt unbestritten, dass sowohl im nationalen als auch im Gemeinschaftsrecht die Frage beantwortet werden muss, ob es sich in einem konkreten Fall um eine hoheitliche oder wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Allerdings muss man mit *Hermes* richtigerweise davon ausgehen, dass man auf dieser Grundlage nicht einzelne Sachbereiche, wie z.B. das Verkehrswesen oder den Umweltschutz als ganze dem Staat in dem Sinne zuweisen darf, dass die jeweilige Aufgabe notwendigerweise von staatlichen Behörden und mit hoheitlicher Gewalt, bzw. hoheitlichen Handlungsformen zu erbringen wäre.⁷⁷⁹ „Anstatt der Identifizierung einzelner Sachgebiete als Staatsaufgaben geht es vielmehr um die Begründung staatlicher Steuerungsverantwortung, die auch durch Einflußnahme auf den Bereich gesellschaftlicher Selbstregulierung wahrgenommen werden kann.“⁷⁸⁰ Die Zulässigkeit dieser Einflußnahme auf den Markt kann aber nur durch das Gemeinschaftsrecht, insbesondere durch die Grundfreiheiten und das Wettbewerbsrecht, beantwortet werden.

f) Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich festhalten: Eine Tätigkeit ist schon dann wirtschaftlich im Sinne des Gemeinschaftsrechts, wenn sie auf den gegenseitigen Austausch von Gütern oder Dienstleistungen am Markt gerichtet ist und tatsächlich oder potentiell auch von Privaten wahrgenommen werden kann. Letzteres ist allein anhand der objektiven Charakteristik der Aufgabe festzustellen und nicht anhand gegebener nationalrechtlicher Vorgaben. Die „Souveränitätsreserven“-Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der wirtschaftlichen Tätigkeit von Eurocontrol und der staatlichen Sozialversicherung in *Poucet und Pistre* ist abzulehnen.

⁷⁷⁵ Kaufmann, F.-X., *Diskurse über Staatsaufgaben*, in: Grimm, D. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, S. 15 (31).

⁷⁷⁶ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 143.

⁷⁷⁷ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 143.

⁷⁷⁸ Willke, H., *Systemtheorie II*, 1994, S. 1 und 218.

⁷⁷⁹ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 147.

⁷⁸⁰ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 147.

3. Allgemeines wirtschaftliches Interesse

a) Gemeinschaftliches oder mitgliedstaatliches Interesse

Was unter einer im allgemeinen Interesse erbrachten wirtschaftlichen Tätigkeit zu verstehen ist, ist ebenfalls gemeinschaftsrechtlich zu definieren, da es sich bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse um einen genuin gemeinschaftsrechtlichen Begriff handelt.⁷⁸¹ Daraus folgt aber nicht, dass das allgemeine Interesse mit dem von der Gemeinschaft zu artikulierenden Gemeinschaftsinteresse⁷⁸² identisch ist.⁷⁸³ Vielmehr genügt auch ein, von Mitgliedstaat⁷⁸⁴ zu Mitgliedstaat möglicherweise unterschiedlich bestimmtes, allgemeines Interesse, dessen Qualifikationskriterien im Hinblick auf Art. 86 Abs. 2 EGV allerdings einheitlich für alle Mitgliedstaaten gelten müssen.⁷⁸⁵ In der Literatur wird dies vor allem mit dem Hinweis auf die Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV begründet. Diese Bestimmung, durch die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV eine das Gemeinschaftsinteresse berücksichtigende Einschränkung erfahren, zeige, dass es in Satz 1 auf das nationale Interesse ankommen müsse.⁷⁸⁶ Daneben wird geltend gemacht, dass bei einer anderen Interpretation die Wahrscheinlichkeit bestünde, dass bestimmte Unternehmen, die mit der Erfüllung von solchen Aufgaben betraut sind, die nur im Interesse eines kleinen Teils der Bevölkerung eines Mitgliedstaates liegen, überhaupt nicht von dieser Ausnahmebestimmung erfaßt würden, da in diesen Fällen ein gemeinschaftliches Interesse nur selten anzunehmen sei.⁷⁸⁷ Diese Ansicht wird nun auch ausdrücklich durch das dem Vertrag von Amsterdam beigefügte Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten⁷⁸⁸ und durch die Bekanntmachung der

⁷⁸¹ Vgl. EuGH, Rs. 41/83 (*Italien/Kommission*), Slg. 1985, S. 873 (888, Rd. 30): „[...] die Anwendung des Art. [86] Abs. 2 EWG-Vertrag [ist] nicht dem Ermessen des Mitgliedstaats überlassen, der ein Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut“; siehe auch Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, Art. 86 EGV, Rd. 37 m.w.N.

⁷⁸² Das Gemeinschaftsinteresse ist insbesondere aus den Zielvorgaben des EG-Vertrages und den Grundfreiheiten abzuleiten. Von herausgehobener Bedeutung sind nach der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte die Schaffung und Wahrung eines einheitlichen Binnenmarktes, die Einhaltung der Wettbewerbsregeln sowie das Diskriminierungsverbot.

⁷⁸³ Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 35.

⁷⁸⁴ Die Bezeichnung „Mitgliedstaat“ umfaßt hier nicht nur einen der 15 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, sondern kennzeichnet auch seine Emanationen, insbesondere die Gebietskörperschaften, vgl. Nachweis bei Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, Band 2, 1991, Art. 90, Rd. 48, in FN 188.

⁷⁸⁵ Allgemeine Meinung, vgl. nur Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 35 m.w.N.

⁷⁸⁶ Catalano, N., *Application des dispositions du Traité CEE (et notamment des règles de concurrence) aux entreprises publiques*, in: Aubin/v. Caemmerer (Hrsg.), *Festschrift für Otto Riese*, 1964, S. 133 (142); Eckert, T., *Die Befugnisse der EG-Kommission gemäß Art. 90 III EWGV und ihre Grenzen*, 1992, S. 51 m.w.N.

⁷⁸⁷ Benesch, R., *Die Kompetenzen der EG-Kommission aus Art. 90 Abs. 3 EWG-Vertrag*, 1993, S. 14; zusammenfassend Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 201.

⁷⁸⁸ Siehe Vertrag von Amsterdam, Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, ABl. EG 1997 Nr. C 340/1, S. 109: „Die Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft berühren nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in den Gemeinschaft nicht in einem Ausmaße beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.“; siehe auch Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25.01.1999 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. EG 1999, Nr. C 30/1.

Europäischen Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend der Postdienste⁷⁸⁹ bestätigt.

Das allgemeine wirtschaftliche Interesse gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV ist somit nicht dem Interesse der Gemeinschaft gleichzusetzen, sondern muss als das öffentliche Interesse der Mitgliedstaaten verstanden werden, dessen konkrete Ausgestaltung die nationalen Regierungen festlegen.⁷⁹⁰ Dies schließt nicht aus, dass Gemeinschaftsinteresse und mitgliedstaatliches Interesse auch übereinstimmen können.

b) Allgemeines Interesse und Gemeinwirtschaft

Von Wilmowsky vertritt allein die Ansicht, dass in einer arbeitsteiligen Gesellschaft fast jede wirtschaftliche Tätigkeit in irgendeiner Form einen Beitrag von allgemeinem Interesse leistet und daher das allgemeine Interesse als Kriterium für eine Abgrenzung zu anderen, nicht im allgemeinen Interesse liegenden wirtschaftlichen Tätigkeiten ungeeignet sei.⁷⁹¹ Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden, da es bei der Frage, ob eine Tätigkeit im allgemeinem Interesse erbracht wird, es auch auf die Zwecksetzung der Tätigkeit ankommen muss. So fordert auch der EuGH in der Rechtssache *Merci convenzionali di porto di Genova*, dass sich das allgemeine Interesse vom Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet.⁷⁹² Nach dieser Formulierung reicht das Interesse, das an jeder wirtschaftlichen Tätigkeit besteht, nicht aus.⁷⁹³ Genauere definitorische Ansätze hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung bisher allerdings noch nicht entwickelt.

Zur Feststellung, ob eine Tätigkeit nicht nur im wirtschaftlichen, sondern auch im allgemeinen Interesse erbracht wird, erscheint es zunächst notwendig, zwischen dem Adressatenkreis einerseits und der Zwecksetzung der Leistung andererseits zu unterscheiden. In objektiver Hinsicht muss eine Tätigkeit von allgemeinem Interesse tatsächlich oder potentiell einer Mehrzahl von Personen zugute kommen. Dienstleistungen im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV sind also nur dann allgemein, wenn sie zumindest auch im Dienste der allgemeinen Öffentlichkeit wahrgenommen werden.⁷⁹⁴ Hierfür genügt allerdings schon das Interesse eines Teils der Bevölkerung oder einer einzelnen Gemeinde.⁷⁹⁵ Daneben ist in subjektiver Hinsicht erforderlich, dass die Leistung im allgemeinen und nicht nur im eigenwirtschaftlichen Interesse erbracht wird.⁷⁹⁶ Daher fällt grundsätzlich die Wahrnehmung

⁷⁸⁹ Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste, ABl. EG 1998 Nr. C 39/2, Ziffer 6.1.

⁷⁹⁰ Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 201 m.w.N.

⁷⁹¹ Von Wilmowsky, P., *Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag*, ZHR 1991, S. 545 (550).

⁷⁹² EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convenzionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5931, Rd. 27); siehe auch EuGH, Rs. C-18/88 (*GB-INNO-BM*), Slg. 1991, S. I-5941 (5980, Rd. 22).

⁷⁹³ Zustimmend auch Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 176 f.

⁷⁹⁴ Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 285 m.w.N.

⁷⁹⁵ GA Roemer, Schlußanträge zu EuGH, Rs. 82/71 (*SAIL*), Slg. 1972, S. 119, Ziff. 4.

⁷⁹⁶ Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Band 2, 1996, H. II., Rd. 151 m.w.N.; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 285.

von Privatinteressen, auch wenn es sich um die Wahrnehmung gesetzlich geschützter Eigentumsrechte (zum Beispiel eines Patentinhabers) handelt, nicht unter den Begriff des allgemeinen Interesses.⁷⁹⁷ Einer wirtschaftlichen Tätigkeit fehlt auch dann der allgemeine Charakter, wenn die Leistung nur im Interesse einzelner Personen oder Personenkreise bzw. nur im Interesse einzelner Industriezweige erbracht wird.⁷⁹⁸

Besonders in subjektiver Hinsicht kann die Abgrenzung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Nach Meinung des Europäischen Gerichtshofs und der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur ist eine wirtschaftliche Tätigkeit regelmäßig dann von allgemeinem Interesse, wenn sie einem rechtsverbindlich festgelegten besonderen Zweck dient und die ausführende Einrichtung zur Erfüllung dieses besonderen Zwecks auch dann verpflichtet sein soll, wenn ihr unternehmerisches Eigeninteresse dem entgegenstehen sollte.⁷⁹⁹ Unternehmen, auf die diese Kriterien zutreffen, werden in der Wirtschaftswissenschaft als gemeinwirtschaftliche Unternehmen bezeichnet. Unter diesem Begriff werden diejenigen öffentlichen, gemischtwirtschaftlichen oder privaten Unternehmen zusammengefaßt, die einem öffentlichen Interesse oder der Erfüllung öffentlich anerkannter Aufgaben dienen, deren marktbezogenes Tätigwerden nicht ausschließlich durch das eigenwirtschaftliche Unternehmensinteresse charakterisiert wird und deren Funktion es ist, einerseits die infrastrukturellen Rahmenbedingungen und damit die Voraussetzung für das Funktionieren der Marktwirtschaft zu schaffen und andererseits Korrekturen in Fällen von Marktversagen zu bewirken.⁸⁰⁰ Gewinnverzicht, verschiedene Varianten einer kostenorientierten Preispolitik, ein sozialer Ausgleich bei der Preisgestaltung durch gleichmäßige Tarife mit der Folge innerbetrieblichen Ausgleichs zwischen verlust- und gewinnbringenden Geschäften oder die Nichtausnutzung einer Monopolstellung sind betriebswirtschaftliche Techniken und Verhaltensweisen, die auf eine allgemeine, gemeinwohlorientierte Zwecksetzung der Tätigkeit schließen lassen. Allerdings ist immer eine genaue Prüfung im Einzelfall notwendig. Die Vorstellung, dass es naturgemäße Dienstleistungen im allgemeinen Interesse gebe, ist abzulehnen⁸⁰¹, da das Allgemeininteresse allein durch die staatliche Aufgabenübertragung definiert wird.

⁷⁹⁷ Praktisch unbestritten, vgl. nur Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band 1, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 38 m.w.N.; Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 36 m.w.N.; aA nur Chapus, R., *Droit Administratif Général*, 1992, S. 434, der im Zusammenhang mit dem französischen Konzept des service public ausführt, dass die Differenzierung zwischen Allgemeinheit und Privatinteresse unbrauchbar sei, da das Allgemeininteresse die Summe aller Privatinteressen sei, ein Gegensatz daher nicht gegeben sei.

⁷⁹⁸ Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band 1, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 38; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWGV*, Band 2, 1991, Art. 90, Rd. 48.

⁷⁹⁹ Vgl. nur Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 43 m.w.N.

⁸⁰⁰ Thiemeyer, T., *Gemeinwirtschaft*, in: Albers, W. (Hrsg.), *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, 1981, S. 525 ff. Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 111 ff. m.w.N.; zu makro- und mikroökonomischen Gemeinwirtschaftskonzeptionen Ebels/Maaßen, *Gemeinwirtschaft*, 1987, S. 20 ff. und 86 ff.

⁸⁰¹ Ähnlich im Zusammenhang mit dem französischen Konzept des service public Le Nestour/Zinow, *Rechtsfragen des „Service Public“*, RdE 1994, S. 129 (130).

c) Universaldienst(leistung)

Die staatliche Anordnung der ununterbrochenen Versorgung aller Abnehmer, lokaler Versorgungsunternehmen oder der Endverbraucher mit Strom in einem bestimmten Gebiet in den zu jeder Zeit geforderten Mengen zu einheitlichen Tarifen und unter Bedingungen sicherzustellen, die nur nach objektiven und für alle Kunden geltenden Kriterien unterschiedlich sein dürfen, hat der EuGH als klassische Ausprägung einer Leistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bezeichnet.⁸⁰²

In seinen Urteilen vom 23. Oktober 1997 zu den Import- und Exportmonopolen von Gas und Elektrizität folgte er das allgemeine Interesse nicht nur aus der Pflicht der Energieproduzenten, Kunden mit Strom im gesamten Staatsgebiet (bzw. mit Gas in den erschlossenen Zonen) ununterbrochen und diskriminierungsfrei zu versorgen⁸⁰³, sondern auch aus der Tatsache, dass die Energieproduzenten verpflichtet sind, Strom im gesamten Staatsgebiet zu Kosten und zu Preisen zu liefern, die eine ausgewogene wirtschaftliche Entwicklung des Landes erlauben⁸⁰⁴. Auf gleicher Linie liegt auch die Praxis der Europäischen Kommission, die in ihrer Entscheidung vom 16.01.1991⁸⁰⁵ anerkannt hat, dass eine Einrichtung, deren wichtigste Aufgabe darin besteht, für eine verlässliche und einwandfrei funktionierende, flächendeckende öffentliche Elektrizitätsversorgung zu niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise zu sorgen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt.

Seit Ende der achtziger Jahre hat sich sektorübergreifend für solche gemeinwirtschaftlichen Leistungen, deren Zielsetzung darin besteht, die unerlässliche Grundversorgung der Allgemeinheit mit lebensnotwendigen Diensten für jedermann kontinuierlich, flächendeckend, nichtdiskriminierend und zu erschwinglichen Preisen sicherzustellen, der Begriff der Universaldienst(leistungs)verpflichtung herausgebildet.⁸⁰⁶ Bei diesem handelt es sich um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff, der nicht mit den nationalrechtlichen Traditionen und Begrifflichkeiten des *service public*, *public service* oder der Daseinsvorsorge gleichgesetzt werden kann. Dem steht nicht entgegen, dass bestimmte Tätigkeiten, die in Frankreich unter den Begriff des *service public* fallen oder in England zum Konzept des *public service* gerechnet werden, auch als Universaldienst(leistung) qualifiziert werden können.

⁸⁰² EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1520, Rd. 47-50).

⁸⁰³ EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5835, Rd. 61; 5841, Rd. 89; 5846, Rd. 106).

⁸⁰⁴ EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5807, Rd. 46; 5810, Rd. 59).

⁸⁰⁵ Europäische Kommission, Entscheidung vom 16.01.1991 (*Ijsselcentrale*), ABl. EG 1991 Nr. L 28/32, Rd. 40.

⁸⁰⁶ Vgl. hierzu Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 7.

d) Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt daher folgendes: Während das Tatbestandsmerkmal des wirtschaftlichen Interesses rein objektiv zu bestimmen ist, beinhaltet das Tatbestandsmerkmal des allgemeinen Interesses eine subjektive und eine objektive Komponente. Die wirtschaftliche Tätigkeit muss objektiv tatsächlich oder potentiell einer Mehrzahl von Personen zugute kommen und subjektiv nicht nur der Befriedigung von Individualinteressen dienen, sondern eine gemeinwohlorientierte Zwecksetzung haben. Das Allgemeininteresse kann also nicht aus sich selbst heraus definiert werden, sondern das Allgemeininteresse wird durch die staatliche Aufgabenübertragung definiert.

4. Betrauung

a) Staatliche Aufgabenübertragung

Art. 86 Abs. 2 EGV verlangt, dass die Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vornehmen, von einem Mitgliedstaat mit der Vornahme der Dienstleistung „betraut“⁸⁰⁷ worden sein müssen. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kennzeichnen also einen zweckdefinierten Sonderauftrag. Folgerichtig sind sie auch nicht mit den allgemein für sämtliche öffentliche Unternehmen geltenden Grundsätzen, wie etwa der Wahrnehmung von Versorgungsaufgaben, der Betätigung im Bereich der Daseinsvorsorge, dem Gemeinwohl, der öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht oder der sozialen Gestaltung von Gebühren, gleichzusetzen, da diese allgemeinen Prinzipien für alle öffentlichen Unternehmen gelten und somit zur Begründung einer besonderen Aufgabe nicht herangezogen werden können.⁸⁰⁸ Andernfalls würde dies zu einer Privilegierung der öffentlichen Unternehmen führen, die nach Art. 86 Abs. 1 EGV gerade nicht erwünscht ist.⁸⁰⁹

Erforderlich für die Feststellung des allgemeinen Interesses ist vielmehr eine spezifisch für das jeweilige Unternehmen geltende besondere individuelle Zwecksetzung, die sich unzweideutig aus dem nationalen Recht ergeben muss und die das Unternehmen zur Erbringung von gemeinwohlorientierten Leistungen unabhängig von Rentabilitätsabwägungen verpflichtet.⁸¹⁰ Letzterer Gesichtspunkt erscheint insbesondere deshalb von Bedeutung, da

⁸⁰⁷ Gleichbedeutend die englische Fassung: „entrusted“. Auch die anderen Gemeinschaftssprachen („chargé“ im Französischen, „belast“ im Niederländischen oder „incaricate“ im Italienischen) implizieren ebenfalls eine zugewiesene Aufgabe.

⁸⁰⁸ So fordert auch der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Merci Convenzionali Porto di Genova*, dass sich das *allgemeine Interesse* vom Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet, vgl. EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convenzionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5931, Rd. 27); genauso von Wilmsky, P., *Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag*, ZHR 1991, S. 545 (550); Jaensch, M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 1997, S. 246, fordert einen „individuell bezogenen Akt“. Jaensch, M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 1997, S. 246.

⁸⁰⁹ Vgl. Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, H. II., Rd. 87/91 ff.; ders., *Kartellrecht*, 1999, S. 410.

⁸¹⁰ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1520, Rd. 47-50); EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5835, Rd. 61; 5841, Rd. 89; 5846, Rd. 106); EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5807, Rd. 46; 5810, Rd. 59).

sich Art. 86 Abs. 2 EGV nicht nur auf öffentliche, sondern auch auf private Unternehmen bezieht.⁸¹¹ Letztere werden nur selten freiwillig bereit sein, mit einer öffentlichen Aufgabe belastet – und damit in der Regel unrentabel – zu wirtschaften.⁸¹² Entscheidend muss für die Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EGV daher sein, dass das Eigeninteresse des Unternehmens der Verpflichtung untergeordnet wird, einen bestimmten, von der nationalen Rechtsordnung formulierten gemeinwohlorientierten Auftrag zu erfüllen.⁸¹³

b) Anforderungen an den Akt der Betrauung

aa) Restriktive Auslegung

Nach der Ansicht des Europäischen Gerichtshofs⁸¹⁴ und der herrschenden Meinung in der Literatur⁸¹⁵ muss dem Unternehmen von einem Mitgliedstaat die Verrichtung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kraft eines Hoheitsakts der öffentlichen Gewalt übertragen worden sein. Die Betrauung soll gewährleisten, dass die Erfüllung der besonderen Aufgabe jederzeit erzwingbar ist.⁸¹⁶ Derselben Ansicht ist auch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften⁸¹⁷. Eine Betrauung muss nach dieser Ansicht

⁸¹¹ Vgl. oben zu Art. 86 Abs. 1 EGV, Teil 2, IV.3.

⁸¹² Von Wilimowsky, P., *Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag*, ZHR 1991, S. 545 (550).

⁸¹³ Ehrlicke, U., *Der Art. 90 EGV- Eine Neubetrachtung*, EuZW 1993, S. 211 (214); ebenso Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 21, nach dem „ein allgemeines wirtschaftliches Interesse nur dann anzunehmen ist, wenn das Marktverhalten des in Frage stehenden Unternehmens einem rechtsverbindlich festgelegten besonderen Zweck dienen soll.“

⁸¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. 10/71 (*Staatsanwaltschaft Luxemburg/Muller*), Slg. 1971, S. 723 (730, Rd. 8/12); EuGH, Rs. 127/73 (*BRT/SABAM und Fonior*), Slg. 1974, S. 313 (318, Rd. 19/22); EuGH, Rs. 172/80 (*Züchner/Bayrische Vereinsbank*), Slg. 1981, S. 2021 (2030, Rd. 7); EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (853, Rd. 55); EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1520, Rd. 47); EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5836, Rd. 65/66).

⁸¹⁵ Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 39; Bellamy/Child, *Common Market Law of Competition*, 1991, 13-022; Müller-Graff/Zehetner, *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 1991, S. 147; Emmerich, V., in: Dausies, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, H. II., Rd. 153; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlmann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 2, Art. 90 EWGV, Rd. 49; Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 40; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 300; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art., 37, 90 EGV, Rd. 31f.; Deringer, A., *Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 1962, Art. 90 EWGV, Rd. 78; Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 33; Müller, J., *Dienstleistungsmonopole im System des EWG-Vertrages*, 1988, S. 238; v. Wilimowsky, P., *Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag*, ZHR 1991, S. 545 (550); Schütze, J., *Europäischer Stromverbund und EG-Recht*, 1991, S. 137; Stewing, C., *Gasdurchleitung nach europäischem Recht*, 1989, S. 146 f.; Bala, A., *Art. 90 Abs. 2 EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 50.

⁸¹⁶ Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 31; Wyatt/Dashwood, *European Community Law*, 1993, S. 557.

⁸¹⁷ Europäische Kommission, Entscheidung vom 02.06.1971 (*GEMA*), ABl. EG 1971 Nr. L 134/15, Tz. III.2.; dieselbe, Entscheidung vom 19.10.1981 (*GVL*), ABl. EG 1981 Nr. L 370/49, Tz. 65; dieselbe, Entscheidung vom 10.12.1984 (*Eurocheques*), ABl. EG 1985 Nr. L 35/43, Tz. 29; dieselbe, Entscheidung vom 21.12.1988 (*Decca Navigator System*), ABl. EG 1989 Nr. L 43/27, S. 46; dieselbe, *Grünbuch Fernsehen ohne Grenzen*, KOM (84) 300 endg., S. 191/192; dieselbe, Entscheidung vom 16.01.1991 (*Jsselcentrale*), ABl. EG 1991 Nr. L 28/23.

in formeller Hinsicht auf Gesetz oder Verwaltungsakt basieren.⁸¹⁸ Der Betrauungsakt muss einem konkret benannten Unternehmen⁸¹⁹ die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zuweisen und damit als besondere Aufgabe übertragen.⁸²⁰ Dieses Erfordernis wird mit einer Analogie zu den Finanzmonopolen in Art. 86 Abs. 2 EGV begründet.⁸²¹ Damit eine Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen gewährleistet ist, sind auch öffentliche Unternehmen zu betrauen.⁸²² Ob eine wirksame Betrauung vorliegt, fällt in die Entscheidungskompetenz der nationalen Gerichte.⁸²³

Eine Betrauung liegt danach nicht vor, wenn das Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse rein tatsächlich erbringt, selbst wenn es dabei von der öffentlichen Hand überwacht wird.⁸²⁴ Denn der individuelle Akt der Betrauung ist von den Rechtspflichten zu unterscheiden, die aufgrund staatlicher Normen für alle Unternehmen eines regulierten Wirtschaftszweiges gelten.⁸²⁵ So weist *Dohms* zurecht darauf hin, dass zum Beispiel kein Betrauungsakt in der generellen gesetzlichen Pflicht liegt, allgemeine Versorgungsbedingungen und -tarife für bestimmte Gebiete zu veröffentlichen und jeden in diesem Gebiet wohnhaften Interessenten zu diesen Bedingungen und Tarifen anzuschließen und zu versorgen, wenn diese Pflicht nur an die tatsächliche Versorgungstätigkeit anknüpft, d.h. jedes in diesem Gebiet operierende Versorgungsunternehmen trifft, ohne dass der Staat gleichzeitig durch Hoheitsakt die Anschluß- und Versorgungsaufgabe in diesem Gebiet einem oder mehreren namentlich bezeichneten Unternehmen überträgt.⁸²⁶

⁸¹⁸ EuGH, Rs. 10/71 (*Staatsanwaltschaft Luxemburg/Muller*), Slg. 1971, S. 723 (730, Rd. 8/12); GA *Mayras*, Schlußanträge zu EuGH Rs. 127/73 (*BRT/SABAM und Fonior*), Slg. 1974, 313 (327, Tz. III).

⁸¹⁹ EuGH, Rs. 7/82 (*GVL/Kommission*), Slg. 1983, S. 483 (504, Rd. 29-33); EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (853, Rd. 55).

⁸²⁰ Dohms, R., in: Wiedemann, G. *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 300, der einige Beispiele hierfür anführt: In den Niederlanden Art. 2 Electriciteitswet bzgl. des Unternehmens SEP (EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5780, Rd. 45)), in Italien das Verstaatlichungsgesetz Nr. 1643 vom 06.12.1962 bzgl. des Unternehmens ENEL (EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5807, Rd. 46)) und in Frankreich das Verstaatlichungsgesetz Nr. 46-628 vom 08.04.1946 und konkretisierende Konzessionen bzgl. der Unternehmen EdF und GdF (EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5837, Rd. 66-67)).

⁸²¹ Vgl. nur Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 31.

⁸²² Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 34; Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 39; aA Birkenmaier, D., *Gemeinsamer Markt, nationales Interesse und Art. 90 EWGV*, EuR 1988, S. 144 (151) und Deringer, A., *Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen*, F.I.D.E. 1978, 1.1. (1.23.), die nur bei privaten Unternehmen eine aktive Betrauung fordern.

⁸²³ EuGH, Rs. 127/73 (*BRT/SABAM und Fonior*), Slg. 1974, S. 313 (318, Rd. 19-22); EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (853, Rd. 55, 57); Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 39.

⁸²⁴ Passiv gewährende Erlaubnisse oder die Unterstellung eines Wirtschaftszweiges unter staatliche Aufsicht genügen nicht, vgl. EuGH Rs. 7/82 (*GVL/Kommission*), Slg. 1983, S. 483 (504, Rd. 31-32); Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, *EWGV*, Band 2, 1991, Art. 90 Rd. 49 m.w.N.

⁸²⁵ Ausdrücklich EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5837, Rd. 68-69); EuGH, Rs. 7/82 (*GVL/Kommission*), Slg. 1983, S. 483 (504, Rd. 30-32); ebenso Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 31 mit weiteren Beispielen.

⁸²⁶ Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 300; mit ausführlicher Stellungnahme zur Einordnung der deutschen EVU ebenso Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 35.

Dies wird auch dadurch bestätigt, dass, wie bereits oben festgestellt, der Begriff Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kein umfassendes Unternehmensbild umschreibt, sondern mit Dienstleistung nur der spezifisch auf die Erfüllung des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses ausgerichtete Tätigkeitsausschnitt gemeint ist. Der Betrauungsakt dient dazu, Umfang und Inhalt der Leistungsverpflichtung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV genau zu definieren. Ist ein Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut, so sind nach seiner Rechtsprechung nur solche Verpflichtungen Teil seiner besonderen Aufgabe, die mit dem Ziel dieses gemeinwirtschaftlichen Dienstes im Zusammenhang stehen und unmittelbar zur Befriedigung dieses Interesses beitragen sollen.⁸²⁷ Dies ist zum Beispiel bei Umwelt- und Raumordnungsverpflichtungen von Unternehmen, die mit der Versorgung des Landes mit Strom und Gas betraut sind, nicht der Fall, es sei denn, es handelt sich um Verpflichtungen, die für diese Unternehmen und ihre Tätigkeit spezifisch sind.⁸²⁸

bb) Extensive Auslegung

Gegen die restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Betrauung wird von einigen eingewendet, dass die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts gefährdet sei, wenn die Feststellung von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Einzelfall davon abhängt, ob das in Frage stehende Unternehmen ausdrücklich durch einen Hoheitsakt oder Konzessionsvertrag⁸²⁹ betraut worden ist.⁸³⁰ Im Interesse einer einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts solle der Begriff der Betrauung daher weit ausgelegt werden und unabhängig von formellen Kriterien nur einen initiierenden Akt des Mitgliedstaats voraussetzen.⁸³¹ Zudem könne für die Qualifizierung einer Tätigkeit als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht maßgeblich sein, ob die Bedingungen der Leistungserbringung selbstauferlegt oder durch Hoheitsakt übertragen seien. Entscheidend sei allein die Substanz, d.h. der materielle Gehalt der übertragenen Aufgabe.⁸³²

⁸²⁷ Schaub/Dohms, *Der wettbewerbliche Binnenmarkt für Strom und Gas – Zur Rolle von Art. 90 Abs. 2 EGV*, AG 1998, S. 566 (569).

⁸²⁸ So im Rahmen der Prüfung des französischen Import- und Exportmonopols für Elektrizität EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5836, Rd. 60 ff.); Schaub/Dohms, *Der wettbewerbliche Binnenmarkt für Strom und Gas – Zur Rolle von Art. 90 Abs. 2 EGV*, AG 1998, 566 (569).

⁸²⁹ Nach neuerer Rechtsprechung kann eine taugliche Betrauung auch durch aktiv übertragende Konzessionen erfolgen, vgl. EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1520, Rd. 47); EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5837, Rd. 66).

⁸³⁰ So insbesondere Jaensch, M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 1997, S. 248 m.w.N.

⁸³¹ Vgl. Bala, A., *Art. 90 Abs. 2 EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 46; Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 206; Rapp-Jung, B., *Zur Tragweite von Art. 90 Abs. 2 EGV für die Energiewirtschaft*, RdE 1994, 165 (168).

⁸³² Emmerich, V., *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, 1969, S. 446; vgl. auch Burgi, M., *Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts*, EuR 1997, S. 261 (275/276); Püttner, G., *Öffentliche Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, in: Eichhorn/Cox (Hrsg.), *Perspektiven öffentlicher Unternehmen*, Band I, 1995, S. 13 (22); Wieland, J., *Die Konstituierung des Wirtschaftsverwaltungsrechts durch Europarecht und deutsches Recht*, in: Schoch, F. (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht als Element der europäischen Integration*, 1995, S. 130; Huth, K.-D., *Die Sonderstellung der öffentlichen Hand in den Europäischen Gemeinschaften*, 1965, S. 332; Vygen, K., *Öffentliche Unternehmen im Wettbewerbsrecht der EWG*, 1967, S. 107 f.

Diese extensive Auslegung verdient keine Zustimmung, da sich das Erfordernis eines formellen Betrauungsakts schon aus dem Gebot der Rechtssicherheit begründet. Der Wille des Staates muss sich in einem offiziellen Regelungsakt für alle erkennbar und nachvollziehbar manifestieren.⁸³³ Um dem Transparenzerfordernis zu genügen, muss eine eindeutige Aufgabenübertragung des Mitgliedstaates vorliegen, die den Umfang der übertragenen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für jeden nachvollziehbar dokumentiert.⁸³⁴

c) Betrauung und Sonderrechte

Teilweise wird auch vertreten, dass selbst eine durch Gesetz übertragene Aufgabe für sich allein nicht genügen könne, um Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Gemeinschaftsrechtes zu begründen; vielmehr müsse die Einräumung von Vorrechten hinzukommen.⁸³⁵ Zwar bekommen Unternehmen, die mit Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, zur Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben regelmäßig ausschließliche oder besondere Rechte verliehen; allerdings sind beide Akte wegen ihrer unterschiedlichen Bedeutung rechtlich zu trennen.⁸³⁶ Ob die Aufgabenübertragung mit etwaigen staatlich verliehenen Sonderrechten verbunden ist, erscheint daher zunächst⁸³⁷ irrelevant.⁸³⁸ Art. 86 Abs. 2 EGV faßt Aufgaben und nicht nur einzelne Befugnisse zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zusammen.

5. Unternehmen

a) Der Unternehmensbegriff im Gemeinschaftsrecht

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse werden gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV durch Unternehmen durchgeführt. Der EuGH bezeichnet in ständiger Rechtsprechung alle Einheiten, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, als Unternehmen.⁸³⁹ Dass in der Gemeinschaftspraxis der

⁸³³ So auch Stewing, C., *Gasdurchleitung nach europäischem Recht*, 1989, S. 146; vgl. auch Bala, A., *Art. 90 Abs. 2 EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 44 m.w.N.

⁸³⁴ Ähnlich Bala, A., *Art. 90 Abs. 2 EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 50.

⁸³⁵ So allein Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker, (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 31, der fälschlicherweise die Entscheidung EuGH, Rs. 66/86 86 (*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (853, Rd. 55) zitiert; seine Ansicht findet aber in dieser Entscheidung keine Stütze.

⁸³⁶ Zustimmung Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 303.

⁸³⁷ Die Frage wird erst dann relevant, wenn eine Rechtfertigung der verliehenen Sonderrechte gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV in Frage steht, vgl. Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 303.

⁸³⁸ Vgl. Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 35; so wohl auch Lecheler, H., *Die Versorgung mit Strom und Gas als 'service public' und die Bedeutung der service-public Doktrin für Art. 90 Abs. 2 EGV*, RdE 1996, S. 212 (216).

⁸³⁹ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner & Elser*), Slg. 1991, S. I-1979 (2016, Rd. 21); EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Slg. 1993, S. I-664 (670, Rd. 17); EuGH, Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft*), Slg. 1994, S. I-43 (61, Rd. 18); EuGH, Rs. C-244/94 (*Fédération Française des sociétés d'assurances*), Slg. 1995, S. I-4022 (4028, Rd. 14); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7147, Rd. 21); stellvertretend für die ganz hM in der Literatur Mestmäcker, E.-J., *Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, RabelsZ 1988, S. 526 (536 m.w.N.) und Marenco,

Unternehmensbegriff so flexibel verstanden wird, liegt vor allem daran, dass er in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten teilweise einen erheblich unterschiedlichen Bedeutungsinhalt hat.⁸⁴⁰ Aus dieser Tatsache ergibt sich auch die Notwendigkeit, den Begriff des Unternehmens allein durch das Gemeinschaftsrecht zu bestimmen, ohne hierbei die unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten außer acht zu lassen.⁸⁴¹ Da das bestimmende Kriterium allein die Art der Tätigkeit ist und nicht die Organisationsform, spricht man daher auch vom funktionalen Unternehmensbegriff des europäischen Gemeinschaftsrechts. Was unter einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu verstehen ist, ist bereits oben ausführlich erörtert worden. Insoweit wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

b) Weitere Merkmale des Unternehmensbegriffs

Neben der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnen noch zwei weitere wichtige Merkmale den europarechtlichen Unternehmensbegriff. Erstens wird dadurch, dass der EuGH von einer Einheit spricht, deutlich, dass der Erbringer einer wirtschaftlichen Tätigkeit Rechtssubjektivität besitzen muss, um als Unternehmen im Sinne des Gemeinschaftsrechts qualifiziert werden zu können.⁸⁴² Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse können aufgrund der denkbar weiten Definition theoretisch durch natürliche Personen wie Einzelhandelskaufleute, Freiberufler oder durch juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts der Mitgliedstaaten vorgenommen werden. In der Praxis handelt es sich allerdings regelmäßig um öffentliche Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV.⁸⁴³ Insoweit wird auf die obigen Ausführungen in Teil 2 verwiesen. Da es allein auf die Vornahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit ankommt, ist eine rechtliche Trennung vom Staat oder eine eigene Rechtspersönlichkeit theoretisch nicht erforderlich.⁸⁴⁴ Allerdings liegt in der Praxis regelmäßig eine gewisse organisatorische Selbständigkeit vor, die sich darin zeigt, dass der Staat nicht unmittelbar, sondern durch Einschaltung selbständiger Verwaltungseinheiten unternehmerisch tätig wird. Zweitens ist nach herrschender Meinung darüber hinaus erforderlich, dass es sich um eine dauerorientierte wirtschaftliche Zweckverfolgung handelt, was die Unternehmenseigenschaft von Einheiten ausschließt, die nur vorübergehend oder gelegentlich am Wirtschaftsverkehr teilnehmen.⁸⁴⁵

G., *Public Sector and Community Law*, CMLR 1983, S. 495 (500). Anderer Ansicht nur Rottmann, M., *Zum rechtlichen Rahmen für einen europäischen Binnenmarkt im Post- und Fernmeldewesen*, ArchPT 1989, S. 1 (6).

⁸⁴⁰ Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, S. 366, Rd. 1039.

⁸⁴¹ Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Band 2, 1996, H.II., Rd. 43 m.w.N.; Mestmäcker, E.-J., *Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, RabelsZ 1988, S. 526 (536); Slot, P.-J., *The concept of undertaking in EC Competition Law*, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, 1995, S. 1413 (1416).

⁸⁴² So auch Müller-Graff, P.-C., in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 85, Rd. 31; Emmerich, V., *Kartellrecht*, 1999, S. 409 f.; Europäische Kommission, Entscheidung vom 13.07.1994 (*Karton*), ABl. EG 1994 Nr. L 243/1 (S. 45, Tz. 141).

⁸⁴³ Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Band 2, 1996, H.II., Rd. 147; Müller-Graff/Zehetner, *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 1991, S. 40.

⁸⁴⁴ Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 11 m.w.N.; Emmerich, V., *Kartellrecht*, 1999, S. 410.

⁸⁴⁵ So die herrschende Meinung, vgl. beispielhaft nur Müller-Graff, P.-C., in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 85, Rd. 32; aA Schröter, H., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.) *EUV/EGV*, 1999, Band 2/I, Vorb. zu Art. 85 EGV, Rd. 21: „Die neue Definition ist so weit gefaßt, dass sich

Zusammenfassend ist unter einem Unternehmen also eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen, die in einer einheitlichen Organisation personeller, materieller oder immaterieller Mittel besteht und dauerhaft objektiv eine auf den marktbezogenen Austausch von Gütern gerichtete Tätigkeit ausübt.

6. Ergebnis

Das Tatbestandsmerkmal Dienstleistung ist nur eine andere unbestimmte Formulierung für Leistung oder Tätigkeit und kann nur tätigkeitsbezogen durch die Art der übertragenen Aufgabe konkretisiert werden. Dienstleistungen sind dann von wirtschaftlichem Interesse, wenn sie auf den gegenseitigen Austausch von Gütern oder Dienstleistungen am Markt gerichtet sind und tatsächlich oder potentiell auch von Privaten wahrgenommen werden können. Letzteres ist allein anhand der Charakteristik der Aufgabe festzustellen und nicht anhand gegebener nationalrechtlicher Vorgaben. Im Ergebnis bedeutet dies, dass hoheitliche Einflußnahme auf das Marktverhalten einer öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierten Einheit und wirtschaftliche Tätigkeit kein zwingend gegensätzliches Begriffspaar darstellen. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind schließlich solche wirtschaftlichen Tätigkeiten, die von den Mitgliedstaaten zugunsten einer Mehrzahl von Personen durch einen konkreten Betrauungsakt mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Die Übertragung dieser Gemeinwohlverpflichtungen muss formell aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz durch einen ausdrücklichen hoheitlichen Betrauungsakt kenntlich gemacht werden. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind daher nur eine Umschreibung von wirtschaftlicher Tätigkeit zur Erreichung eines hoheitlich vorgegebenen gemeinwohlorientierten Zwecks.

EuGH und Kommission haben bisher einzelne Noten- und Zentralbanken⁸⁴⁶, öffentlich-rechtliche Kreditinstitute⁸⁴⁷, Betriebsrentenfonds⁸⁴⁸, staatliche Arbeitsvermittlungsstellen⁸⁴⁹, Eisenbahngesellschaften⁸⁵⁰, Energieversorgungsunternehmen⁸⁵¹, Festmacherdienste in

auch Grenzfälle wie etwa nur gelegentlich oder zeitweise unternehmerisch handelnde Einzelpersonen problemlos darunter subsumieren lassen.“

⁸⁴⁶ EuGH, Rs. 172/80 (*Züchner/Bayerische Vereinsbank*), Slg. 1981, S. 2021 (2030, Rd. 7);

⁸⁴⁷ Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 02.10.1997, 37. Erklärung zur Schlußakte, Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, ABl. EG 1997 Nr. 340/1, S. 138; Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 02.10.1997, 1. von der Konferenz zur Kenntnis genommene Erklärung, Erklärung Österreichs und Luxemburgs zu Kreditinstituten, ABl. EG 1997 Nr. 340/1, S. 143.

⁸⁴⁸ EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6059, Rd. 104 ff.); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5893, Rd. 104 ff.); EuGH, Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6153, Rd. 93 ff.).

⁸⁴⁹ EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser*), Slg. 1991, S. I-1979, (2017, Rd. 24); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7148, Rd. 26).

⁸⁵⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 25.11.1992 (*UIC*), ABl. EG 1992 Nr. L 366/47; dieselbe, Entscheidung vom 21.12.1993 (*Hafen von Rødby*), ABl. EG 1994 Nr. L 55/52.

⁸⁵¹ EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1521, Rd. 50). EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5835, Rd. 61 ff.); EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5807, Rd. 46). EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5780, Rd. 45).

Hafengewässern⁸⁵², Flughafengesellschaften⁸⁵³, staatliche Forschungs- und Versuchsanstalten⁸⁵⁴, Hafenunternehmen⁸⁵⁵, Luftverkehrsunternehmen⁸⁵⁶, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten⁸⁵⁷, Abfallbewirtschaftungsunternehmen⁸⁵⁸, Post- und Telekommunikationsunternehmen⁸⁵⁹, Versicherungsunternehmen⁸⁶⁰ sowie Wasserversorgungsunternehmen⁸⁶¹ als Unternehmen qualifiziert, die (auch) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durchführen.⁸⁶² Allerdings war diese Qualifizierung immer von den besonderen Umständen im Einzelfall abhängig, so dass diese Aufzählung nicht geeignet ist, bestimmte Kategorisierungen in Richtung einer Interpretation des Art. 86 Abs. 2 EGV als Bereichsausnahme zu fördern.⁸⁶³

III. Finanzmonopole

Art. 86 Abs. 2 EGV gilt auch für staatlich begründete (Finanz)monopole, deren Aufgabe darin besteht, unter Ausnutzung ihrer Ausschließlichkeitsrechte Einnahmen für den Staatshaushalt zu erzielen.⁸⁶⁴ Da die meisten Finanzmonopole zugleich Handelsmonopole sind, folgt aus Art. 86 Abs. 2 EGV eine begrenzte Einschränkung der Umformungspflicht aus Art. 31 EGV zum Schutze der den Finanzmonopolen staatlich übertragenen besonderen Aufgabe, durch die Ausnutzung des Monopols besonders hohe Einnahmen zu erzielen. Art. 86 Abs. 2 EGV hat bis heute in Bezug auf Finanzmonopole in der Rechtspraxis von EuGH und Kommission keinerlei Bedeutung erlangt, so dass der präzise Anwendungsbereich dieses Tatbestandsmerkmals noch nicht vollständig geklärt ist⁸⁶⁵ und hier auch nicht weiter vertieft werden soll.

⁸⁵² EuGH, Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries France*), Slg. 1998, S. I-3949 (3996, Rd. 45, 4001, Rd. 60).

⁸⁵³ Europäische Kommission, 21. Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1991, 1992, Tz. 518 ff.

⁸⁵⁴ EuGH, Rs. 258/78 (*Nungesser/Kommission*), Slg. 1982, S. 2015 (2056, Rd. 9).

⁸⁵⁵ EuGH, Rs. 10/71 (*Staatsanwaltschaft Luxemburg/Muller*), Slg. 1971, S. 723 (730, Rd. 8/12).

⁸⁵⁶ EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (853, Rd. 55).

⁸⁵⁷ EuGH, Rs. 155/73 (*Sacchi*), Slg. 1974, S. 409 (431, Rd. 14 f.). Europäische Kommission, Entscheidung vom 15.09.1989 (*Filmeinkauf deutscher Fernsehanstalten*), ABl. EG 1989 Nr. L 284/36; dieselbe, Entscheidung vom 10.02.1991 (*Screensport/EBU-Mitglieder*), ABl. EG 1991 Nr. L 63/32; dieselbe, Entscheidung vom 11.06.1993 (*EBU/Eurovision System*), ABl. EG 1993 Nr. L 179/23.

⁸⁵⁸ EuGH, Rs. C-209/98 (*FFAD*), Rd. 75 (noch nicht in Slg.).

⁸⁵⁹ EuGH, Rs. C-18/88 (*GB-INNO-BM*), Slg. 1991, S. I-5941 (5979, Rd. 16); EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, (2568, Rd. 15); EuG, T-106/95 (*FFSA u.a./Kommission*), Slg. 1997, S. II-229 (254, Rd. 68); zuletzt EuGH, Urteil v. 10.02.2000, verb. Rs. 147/97 und 148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 46 (noch nicht in Slg.).

⁸⁶⁰ EuGH, Rs. 90/76 (*Van Ameyde/UCI*), Slg. 1977, S. 1091 (1125, Rd. 18).

⁸⁶¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 17.12.1981 (*NAWEA-ANSEAU*), ABl. EG 1982 Nr. L 167/39.

⁸⁶² Vgl. hierzu nur die umfassende Übersicht bei Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 120.

⁸⁶³ So hat der EuGH auch schon bestimmte Hafenunternehmen nicht als Unternehmen iSv Art. 86 II EGV qualifiziert, vgl. EuGH, Rs. C-179/90 (*Merci Convencionali Porto di Genova*), Slg. 1991, S. I-5889 (5931, Rd. 27); EuGH, Rs. C-242/95 (*GT-Link/DSB*), Slg. 1997, S. I-4453 (4469, Rd. 53).

⁸⁶⁴ Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 38 m.w.N. in FN 113.

⁸⁶⁵ Vgl. hierzu Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 305 m.w.N. sowie Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 38 ff.

IV. Normwirkung

Instrumentalisieren die Mitgliedstaaten Unternehmen zur Fiskal- oder Wirtschaftspolitik, ergeben sich Streitfragen wirtschafts- und ordnungspolitischer Bedeutung, da insbesondere Mitgliedstaaten mit romanischer Rechtstradition es für nötig erachtet haben, zur Sicherstellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen die betrauten Unternehmen mit ausschließlichen oder zumindest mit besonderen Rechten zu versehen, d.h. Versorgungsmonopole oder –oligopole zu errichten und somit den Wettbewerb auszuschließen oder zumindest einzuschränken. Art. 86 Abs. 2 EGV sucht nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit ein Gleichgewicht zwischen den nationalen Sonderinteressen und den gemeinschaftlichen Integrationszielen. Das Gemeinschaftsrecht läßt insoweit den Mitgliedstaaten einen beträchtlichen Spielraum zur Verwirklichung ihrer unterschiedlichen wirtschafts- und ordnungspolitischen Vorstellungen und beschränkt sich darauf, die Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen zu überwachen, die sich aus der Verwirklichung der Zielsetzungen der europäischen Integration ergeben.⁸⁶⁶

1. Normadressaten

Normadressaten des Art. 86 Abs. 2 EGV sind seinem Wortlaut nach nur Unternehmen. Unstreitig erlaubt die Vorschrift daher Abweichungen von den unternehmensbezogenen Normen des EG-Vertrages, also insbesondere den Art. 81 und 82 EGV, sofern solche Ausnahmen notwendig sind, um Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Erfüllung ihrer Aufgaben zu ermöglichen.⁸⁶⁷ Spätestens seit den Urteilen des EuGH zu den ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechten für Strom und Gas vom 23.10.1997 ist jedoch „endgültig“⁸⁶⁸ klar, dass entgegen dem Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV sich auch die Mitgliedstaaten als Normadressaten auf die Regelung des Abs. 2 berufen können, um einem Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, gegen die EG-Vertragsregeln verstoßende Rechte zu übertragen, soweit die Erfüllung der diesem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe nur durch die Einräumung solcher Rechte gesichert werden kann und soweit hierdurch die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.⁸⁶⁹

⁸⁶⁶ Vgl. Seidel, M., *Service public im europäischen Energierecht*, in: Baur, J. (Hrsg.), *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlichen Aufgaben*, 1997, S. 73 (80 ff.); Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45 (48); Baur, J., *Art. 90 II EGV und die Binnenmarktrichtlinie für Strom und Gas*, RdE 1999, S. 85 (86); Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 294 ff.

⁸⁶⁷ EuGH, Rs. C320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I2533 (2569, Rd. 14); EuGH, Rs. C393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1520, Rd. 46); Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86, Rd. 34 m.w.N.

⁸⁶⁸ So Ehrlicke, U., *Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV*, EuZW 1998, S. 741 (743) mit umfassenden Nachweisen zu den in der Literatur teilweise unter Hinweis auf den Wortlaut des Art. 86 II EGV früher vertretenen Gegenansicht in FN 45; zur Entwicklung der Rechtsprechung seit 1984 zu dieser Frage Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 280 ff.

⁸⁶⁹ Ausdrücklich EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5833, Rd. 49); vgl. auch die Ausführungen von Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 103 m.w.N.; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, B. Art. 37, 90 EGV, Rd. 53.

Der Grund für diese teleologische Extension des Art. 86 Abs. 2 EGV liegt darin, dass die Mitgliedstaaten insoweit selbst nicht umfassender an den EG-Vertrag gebunden sein können als die von ihnen instrumentalisierten Unternehmen.⁸⁷⁰ Die Verleihung ausschließlicher oder besonderer Rechte oder die staatliche Einflußnahme auf das Marktverhalten von Unternehmen, die zu einem nach Art. 86 Abs. 2 EGV rechtmäßigen unternehmerischen Verhalten veranlassen, verstoßen somit auch nicht gegen Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit den EG-Vertragsregeln.

Da Art. 86 Abs. 2 EGV nicht an den Status der Unternehmen im mitgliedstaatlichen Recht anknüpft, konstituiert er keine Bereichsausnahme⁸⁷¹ zugunsten bestimmter nationaler Unternehmen oder Wirtschaftszweige, sondern stellt lediglich eine Legalausnahme zugunsten bestimmter mit dem EG-Vertrag grundsätzlich unvereinbarer Unternehmenspraktiken und/oder mitgliedstaatlicher Regulierung dar. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EGV müssen jeweils gesondert im Einzelfall festgestellt werden.⁸⁷²

2. Reichweite der Legalausnahme

Seit den Urteilen des Gerichtshofs vom 23.10.1997 zu den Im- und Exportmonopolen für Strom und Gas ist auch endgültig klar, dass Art. 86 Abs. 2 EGV von der Anwendung aller Vorschriften des EG-Vertrages befreien kann und zwar selbst von solchen Vertragsregeln, die wie Art. 31 EGV ihre eigenen Ausnahmeverbale haben.⁸⁷³ Nach herrschender Meinung in der Literatur kommt zutreffenderweise die Anwendung der Legalausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV allerdings nur als ultima ratio in Betracht, d.h. vorher müssen alle anderen im EG-Vertrag geschriebenen und ungeschriebenen Ausnahmetatbestände erfolglos ausgeschöpft worden sein.⁸⁷⁴ Dies folgt schon aus der systematischen Grundregel, dass die speziellen Ausnahmen der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln vor der normkomplexübergreifenden, allgemeineren Ausnahmenvorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV zu

⁸⁷⁰ Ehrlicke, U., *Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV*, EuZW 1998, S. 741 (743), der darauf hinweist, dass diese Auslegung auch der Entstehungsgeschichte der Norm gestützt wird.

⁸⁷¹ So fälschlicherweise Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86, Rd. 33; Baur, J., *Aktuelle Probleme des Energierechts*, 1995, S. 77 (90); Lecheler, H., *Die Versorgung mit Strom und Gas als 'service public' und die Bedeutung der service-public Doktrin für Art. 90 Abs. 2 EGV*, RdE 1996, S. 212 (216).

⁸⁷² Möschel, W., *Europäisches Kartellrecht in liberalisierten Wirtschaftssektoren*, WuW 1999, S. 832 (834); Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, 1997, S. 635 (641); ders., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 35; Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 36; Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, H. II, Rd. 158; Kapp, T., in: Gassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 101 m.w.N.; Schwark, E., *Wirtschaftsordnung und Sozialstaatsprinzip*, DZWIR 1997, S. 89 (95) m.w.N.

⁸⁷³ EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5776, Rd. 26 ff.); EuGH, Rs. C 158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5804, Rd. 35 ff.); EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5835, Rd. 59 ff.); die entgegengesetzte Ansicht von Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 41 erscheint nach diesen Urteilen nicht mehr haltbar.

⁸⁷⁴ Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 47 mit umfassenden Nachweisen in FN 206; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 28; aA und ohne nähere Begründung nur Rapp-Jung, B., *Zur Tragweite von Art. 90 Abs. 2 EGV für die Energiewirtschaft*, RdE 1994, 165 (168); Gleiss/Hirsch, *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 1978, Art. 90, Rd. 16.

prüfen sind. Zudem ist auch nach dem Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 EGV die Prüfung der Normen, deren Geltung ausgeschlossen werden soll, vorgreiflich für die Anwendung der Ausnahme.⁸⁷⁵ Art. 86 Abs. 2 EGV wird daher auch zutreffend als eine partielle Erweiterung der speziellen Freistellungsmöglichkeiten der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln verstanden.⁸⁷⁶

3. Erforderlichkeitsprinzip

a) Verhinderung der Aufgabenerfüllung (Art. 86 Abs. 2 S. 1)

Eine Freistellung von der Anwendung der EG-Vertragsvorschriften kommt für Unternehmen und Mitgliedstaaten nach Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV nur in Betracht, wenn die Befolgung der Vertragsregeln die Erfüllung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse rechtlich oder tatsächlich verhindert. Unter der Prämisse, dass Art. 86 Abs. 2 EGV als Ausnahmegvorschrift grundsätzlich eng auszulegen sei⁸⁷⁷, wendete der EuGH ursprünglich in den wenigen bis Mitte der neunziger Jahre entschiedenen Fällen ein strenges Prüfungsraster an und befand in ständiger Rechtsprechung unter Zustimmung der herrschenden Meinung in der Literatur⁸⁷⁸, dass eine Abweichung oder sogar der Ausschluß jeglicher EG-Vertragsregeln nur insoweit zulässig sei, als zur Erfüllung der besonderen Aufgabe unbedingt erforderlich.⁸⁷⁹ Nur wenn es keinen anderen technisch möglichen und wirtschaftlich wie rechtlich zumutbaren Weg gebe, um die übertragene Aufgabe ohne Vertragsverletzung zu erfüllen⁸⁸⁰, komme eine Freistellung von den EG-Vertragsregeln in Betracht.

Eine solche Erforderlichkeitsprüfung ist grundsätzlich zu begrüßen, da bei staatlichen Eingriffen in den Marktprozess immer die Gefahr besteht, dass die Funktionen des Wettbewerbs, nämlich Einkommensverteilung, Konsumentensouveränität, optimale Faktorallokation, Anpassungsflexibilität und technischer Fortschritt nicht erfüllt werden.⁸⁸¹ Staatlich gewährte Ausschließlichkeitsrechte beseitigen den Leistungsanreiz für den

⁸⁷⁵ So auch Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 28.

⁸⁷⁶ Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 167.

⁸⁷⁷ EuGH, Rs. C-242/95 (*GT-Link/DSB*), Slg. 1997, S. I-4453 (4469, Rd. 50); EuG, T-106/95 (*FFSA u.a./Kommission*), Slg. 1997, S. II-229 (254, Rd. 67); Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 125.

⁸⁷⁸ Vgl. stellvertretend nur Badura, P., *Das öffentliche Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, ZGR 1997, S. 291 (301 f.); anderer Ansicht nur Edward/Hoskins, *Art. 90: Deregulation and EC-Law*, CMLR 1995, S. 157 (170), die eine Beschränkung der gerichtlichen Prüfung auf offensichtliche Ermessensfehler fordern.

⁸⁷⁹ EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, (2568, Rd. 14); EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1521, Rd. 49); EuGH, Rs. C-203/96 (*Dusseldorp u.a.*), Slg. 1998, S. I-4075 (4132, Rd. 67); Wilms, G., *Das europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen*, 1996, S. 139 m.w.N.; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 48 („Das Gemeinschaftsrecht tritt nur zurück, soweit es für die Erfüllung der Sonderaufgabe unerlässlich ist“); Umfassende Rechtsprechungsnachweise bei Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 125 ff.

⁸⁸⁰ Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 45; instruktive Darstellung der noch nicht einheitlichen Prüfungskriterien des EuGH bei Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 307 ff.

⁸⁸¹ Vgl. hierzu oben Teil 1.

Monopolanbieter und potentielle Konkurrenten.⁸⁸² Zudem bleibt das Leistungspotential der betreffenden Branche unbekannt, da sich mangels Vergleich mit der Leistung eines Konkurrenten nur schwer feststellen läßt, ob das betreffende Gut nicht auch billiger und besser zu produzieren wäre.⁸⁸³ Letztendlich besteht bei staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen die Gefahr, dass Allgemeinwohlbelange nur vorgeschoben werden, um die eigentlich verfolgten Einzel- und Gruppeninteressen zu tarnen.⁸⁸⁴

Die Schwierigkeit einer solchen Erforderlichkeitsprüfung liegt allerdings darin, dass zur Beweisführung ein hypothetischer „Wettbewerb-Performance-Test“ angewendet werden muss, der in einem Simulationsverfahren Marktergebnisse antizipiert.⁸⁸⁵ Wenn man von der marktsystemtheoretischen Hypothese ausgeht, dass Wettbewerb ein offener Such- und Entdeckungsprozess ist und Marktergebnisse sich nicht ex ante bestimmen lassen⁸⁸⁶, dann ist dieses Vorgehen zum Scheitern verurteilt, weil der wissenschaftlich exakte Nachweis über die Verhinderung einer öffentlichen Dienstleistungsaufgabe unter hypothetischen Bedingungen eines europäischen Wettbewerbs nicht möglich ist.⁸⁸⁷ Dabei stellt sich insbesondere das Problem, welches die hypothetischen Wettbewerbsbedingungen sind, die gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV unter Anwendung der Binnenmarktregeln des EG-Vertrages bei einem solchen Wettbewerb-Aufgaben Test zugrunde gelegt werden sollen. Wie der europäische Wettbewerb bei Anwendung der Wettbewerbsregeln konkret aussehen wird, entzieht sich wegen der Komplexität des Wettbewerbssystems einer exakten wissenschaftlichen Analyse.⁸⁸⁸

Zudem bedeutet die Anwendung der strengen Erforderlichkeitsprüfung, dass im Ergebnis die Ausgestaltung der gemeinwirtschaftlichen Wirtschaftssektoren nicht durch den nationalen

⁸⁸² Dies stellte schon Friedrich der Große im Januar 1786 zur X-Ineffizienz im Monopol fest: „Wenn das Eisen und Stahl im Lande gemacht wird, ist das eine sehr gute Sachen. Aber ein Monopolium wolte Ich nicht gerne haben, denn das hat immer einen üblen Erfolg. Der Monopolist wendet keinen rechten Fleiß und und Betriebsamkeit an auf die Sache, weil er Niemanden neben sich hat, der ihm nacheifert. Daraus kommt denn, daß er seine Arbeit negligiret, und schlechte Waaren macht; Hat er aber einen neben sich, so obligiret ihm das, mehr Fleiß anzuwenden und bessere Arbeit zu machen“ (zitiert nach Matschoss, C., *Friedrich der Große als Beförderer des Gewerbefleißes*, 1912, S. 32); ähnlich auch Sir John Hicks 1935 zur Musse im Monopol: „The best of all monopoly profits is a quiet life“ (zitiert nach Schmidt, I., *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 1996, Vorwort)

⁸⁸³ Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 24.

⁸⁸⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen in Teil 1 zur positiven Theorie des Marktversagens sowie Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 25 m.w.N.

⁸⁸⁵ Cox, H., *Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung*, H.J.W.G. 1996, S. 161 (168).

⁸⁸⁶ Vgl. hierzu: Hoppmann, E., *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, 1988, insb. S. 98 ff., 119 ff., 179 ff., 235 ff.; von Hayek, F., *Die Theorie komplexer Phänomene*, 1972; ders., *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, 1968.

⁸⁸⁷ Kaysen/Turner, *Antitrust Policy*, 1959, S. 53, machen das Hauptproblem für die mangelnde Eignung des performance test ursächlich: „What will be lacking is any basis for deciding whether the firm's performance was good or bad in light of its opportunities. The record may reveal that output has grown ten times in the period under study; it will not reveal whether or not output could have grown fifteen times if price policy had been different or if more vigorous efforts had been made in product development, in foreign marketing, or in cost reduction. The record may show that expenditures of money and of the time of trained men on research and development were large and continuous, and that the decrease of inputs per units of outputs as well as the flow of new and improved products were great; it will not in general show whether returns per dollars or per professional manhour were high or low, or would have been higher or lower had the situation or conduct of the firm been different than it was in fact.“

⁸⁸⁸ Cox, H., *Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung*, H.J.W.G. 1996, S. 161 (168).

Gesetzgeber, sondern durch die Gerichte erfolgt. Eine der dezidiertesten Aussagen zu diesem Themenkomplex stammt von *Edward und Hoskins*:

„In deciding [...] whether the existence of the legal monopoly is necessary to ensure universal supply, the court could be required to exercise complex value-judgments involving a wide range of political, economic and social considerations: an exercise which is traditionally the role of the executive and/or legislature. [...] It is debatable whether the Court of Justice should embark on such an exercise and further whether it is in fact capable of doing so. The problem becomes even more acute when it is recognized that national courts would [due to the direct effect of Article 86 para 2] also be required to carry out such an exercise.“⁸⁸⁹

Auch der Gerichtshof scheint seit seinen Urteilen zu den Im- und Exportmonopolen für Strom und Gas vom 23.10.1997 von einer strengen Erforderlichkeitsprüfung abzurücken und nimmt nun immer schon dann eine Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe im Sinne von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV an, wenn die Aufgabenerfüllung durch die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen tatsächlich oder rechtlich gefährdet ist.⁸⁹⁰ Der Gerichtshof fordert nicht, dass das Überleben der Unternehmen bedroht sei.⁸⁹¹ Diese Auslegung des EuGH führt dazu, dass das Gemeinschaftsrecht den nationalen Regulierungssystemen weitgehend folgt. Auf eine strenge Erforderlichkeitsprüfung wird zugunsten der Prüfung verzichtet, ob die Sonderrechte geeignet sind, die im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben zu erfüllen. Im Ergebnis beschränkt sich damit die gerichtliche Prüfung auf offensichtliche Ermessensfehler der Mitgliedstaaten.⁸⁹² Die Rechtmäßigkeit von ausschließlichen oder besonderen Vorrechten im Wettbewerb kann gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV nur dann beeinträchtigt sein, wenn diese Vorrechte zur Erreichung des Ziels, das der jeweilige Mitgliedstaat durch Verleihung dieser Rechte verfolgt, offensichtlich ungeeignet sind.

Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislastregeln gilt nach der Rechtsprechung des EuGH⁸⁹³ als Grundregel, dass es dem Normadressaten, der sich auf Art. 86 Abs. 2 EGV beruft, obliegt, den Nachweis zu führen, dass der Tatbestand dieser Norm erfüllt ist. Allerdings ist dieser Grundsatz im Zusammenhang mit der Frage der unmittelbaren

⁸⁸⁹ Edward/Hoskins, Art. 90: *Deregulation and EC-Law*, CMLR 1995, S. 157 (170).

⁸⁹⁰ EuGH, Rs. C157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5784, Rd. 58); EuGH, Rs. C158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5809, Rd. 54); EuGH, Rs. C159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5819 (5845, Rd. 101); EuGH, Rs. C219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6153, Rd. 97 ff.); EuGH, verb. Rs. C115/97 bis C117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6060, Rd. 107 ff.); EuGH, Rs. C67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5893, Rd. 107 ff.); EuGH, Urteil v. 10.02.2000, verb. Rs. C147/98 und C148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 50 (noch nicht in Slg.); EuGH, Urteil v. 23.05.2000, Rs. C-209/98 (*FFAD*), Rd. 77 ff. (noch nicht in Slg.); dagegen verlangt EuGH, Rs. C-203/96 (*Dusseldorp u.a.*), Slg. 1998, S. I-4075 (4132, Rd. 67) noch eine strenge Erforderlichkeitsprüfung.

⁸⁹¹ Vgl. EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5780, Rd. 43).

⁸⁹² Ausdrücklich zuletzt EuGH, Urteil v. 23.05.2000, Rs. C-209/98 (*FFAD*), Rd. 77 ff. (noch nicht in Slg.): „Die Stadt Kopenhagen konnte jedoch wegen des Mangels an Unternehmen, die in der Lage waren, die fraglichen Abfälle zu behandeln, von der Notwendigkeit der Errichtung eines Zentrums mit einer erheblichen Annahmekapazität ausgehen. Sie konnte ebenfalls davon ausgehen, dass ein Ausschließlichkeitsrecht, das zeitlich auf den voraussichtlichen Abschreibungszeitraum für die Investitionen und räumlich auf das Gebiet der Gemeinde begrenzt ist, erforderlich war, um Unternehmen für eine Beteiligung am Betrieb eines Zentrums mit einer großen Annahmekapazität zu gewinnen.“

⁸⁹³ EuGH, Rs. C157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5782, Rd. 51); EuGH, Rs. C159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5843, Rd. 94); EuGH, Rs. C-203/96 (*Dusseldorp u.a.*), Slg. 1998, S. I-4075 (4132, Rd. 67).

Anwendbarkeit der Norm und den Ermittlungsgrundsätzen in den verschiedenen Verfahren (Zivilprozess, Vorlageverfahren gemäß Art. 226 EGV, etc.) zu sehen, so dass sich nach der Rechtsprechung im jeweiligen Einzelfall Modifikationen ergeben können.⁸⁹⁴

b) Gemeinschaftsinteresse (Art. 86 Abs. 2 S. 2)

Die Legalausnahme des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV wird begrenzt durch die Schranken-Schranke des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV, wonach durch die Freistellung von den EG-Vertragsregeln die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Normzweck des Satz 2 ist es sicherzustellen, dass die Interessen der Gemeinschaft an der Errichtung und Vollendung des Binnenmarkts und insbesondere an der Geltung der Binnenmarktregeln auch in Bereichen gewahrt bleiben, in denen Unternehmen einen nach Art. 86 Abs. 1 Satz 1 EGV legitimierten staatlich definierten Sonderauftrag ausführen.⁸⁹⁵ Eine Freistellung von der Anwendung der EG-Vertragsregeln muss nicht nur gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 geeignet und erforderlich sein, um die Erfüllung der übertragenen Aufgabe zu gewährleisten, sondern auch im Sinne des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 verhältnismäßig.⁸⁹⁶

(aa) Beeinträchtigung des Handelsverkehrs

Aus dem unmittelbaren Zusammenhang von Satz 1 und Satz 2 folgt, dass zu prüfen ist, welche Wirkungen von der Nichtanwendung des Gemeinschaftsrechts auf den unmittelbar betroffenen tatsächlichen und potentiellen Handelsverkehr auf dem relevanten Markt ausgehen.⁸⁹⁷ Würde man dagegen, wie von großen Teilen in der Literatur vorgeschlagen⁸⁹⁸, den freien Wirtschaftsverkehr in der Gemeinschaft „insgesamt“ als Maßstab anlegen, verlöre die Vorschrift jede begrenzende Bedeutung, da selbst bei schwerwiegenden Eingriffen in einen konkreten zwischenstaatlichen Handelsstrom der freie Wirtschaftsverkehr als

⁸⁹⁴ Vgl. zur insoweit noch uneinheitlichen Rspr. des EuGH Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FIW 1999, S. 71 (79); Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 133; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 351 ff.; zu pauschal dagegen Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 46; sehr kritisch zur Beweisführung im Remailing Urteil des EuGH vom 10.02.2000 (verb. Rs. C-147/97 und C-148/97, EuZW 2000, S. 281) Bartosch, A., *Dienstleistungsfreiheit versus Monopolrechte*, NJW 2000, S. 2251 (2252).

⁸⁹⁵ Zur Genese der Norm vgl. Page, A., *Member States, public undertakings and Article 90*, ELR 1982, S. 19 (20); Hricke, U., *Der Art. 90 EGV - Eine Neubetrachtung*, EuZW 1993, S. 211 (215, m.w.N. in FN 59); Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 1; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 61 m.w.N.

⁸⁹⁶ Vgl. hierzu Bach, A., *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, 1992, S. 245 ff.; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 48 f. m.w.N.

⁸⁹⁷ Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 62, m.w.N. in FN 177; In dieser Richtung auch Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H.II, Rd. 165; Europäische Kommission, Entscheidung vom 16.01.1991 (*IJsselzentrale*), ABl. EG 1991 Nr. L 28/32.

⁸⁹⁸ Vgl. Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 51; Hochbaum, I., in: Groeben/Thiesing/Ehlmann (Hrsg.), *EWGV*, 1991, Band 2, Art. 90 EWGV, Rd. 57; Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 55 (57); Fesenmair, J., *Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 213; Benesch, R., *Die Kompetenzen der EG-Kommission aus Art. 90 Abs. 3 EWG-Vertrag*, 1993, S. 17.

Gesamtprozess regelmäßig nur marginal betroffen ist. Solch eine Auslegung steht auch im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, der für die Auslegung der Binnenmarktregeln unter dem Gesichtspunkt der Wahrung des Gemeinschaftsinteresses allein auf die Wirkung (Qualität) einer Maßnahme, nicht aber auf quantitative Gesichtspunkte abstellt.⁸⁹⁹

(bb) Interesse der Gemeinschaft

Das Interesse der Gemeinschaft ist unabhängig von dem politischen Interesse, das die Mitgliedstaaten an der Nichtanwendung des Gemeinschaftsrechts haben können und ergibt sich aus den Zielen und Grundsätzen des EG-Vertrages, insbesondere aus den in Art. 2 bis 4 EGV lozierten normgefaßten Zielbestimmungen. Insbesondere Art. 2 EGV ist die inhaltlich sinngebende Basisnorm aller nachfolgenden Vorschriften des EG-Vertrages und umfaßt in abstrakter Form auch die in anderen Vertragsvorschriften konkretisierten Zielsetzungen.⁹⁰⁰ Dieser Ansicht ist auch der EuGH, der in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass Art. 2 EGV „an der Spitze der vertragsprägenden allgemeinen Grundsätze“⁹⁰¹ steht und die Aufgabe der Europäischen Gemeinschaft beschreibt: „Die darin genannten Ziele sind mit dem Bestehen und Funktionieren der Gemeinschaft verknüpft.“⁹⁰² Das Gemeinschaftsinteresse wird zudem auch durch das gemeinschaftliche Sekundärrecht konkretisiert, durch das „die Gemeinschaftsorgane selbst bereits festgelegt haben, was sie jeweils als das vordringlichste Interesse der Union ansehen.“⁹⁰³ Die Definition des Gemeinschaftsinteresses obliegt im konkreten Fall zuvörderst der Kommission, während der EuGH sich nach eigener Aussage auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt.⁹⁰⁴

Das Ausmaß, in dem das Interesse der Gemeinschaft beeinträchtigt wird, hängt im Regelfall von der wirtschaftlichen Bedeutung der betroffenen relevanten Märkte und der von ihnen beeinflussten Handelsströme in ihrer Bedeutung für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts ab.⁹⁰⁵ Steht ein Verstoß gegen Grundprinzipien des Vertrages, wie zum Beispiel das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, in Frage, kann

⁸⁹⁹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5848, Rd. 113 ff.); ebenso Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 62; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 372.

⁹⁰⁰ Vgl. zu den Zielen und Grundsätzen des EGV Müller-Graff, P.-C., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1999, Band 1, A. I, Rd. 116 ff.

⁹⁰¹ EuGH, Rs. 167/73 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1974, S. 359 (369, Rd. 17/23).

⁹⁰² EuGH, Rs. 126/86 (*Gómez Zaera/Instituto Nacional de la Seguridad Social und Tesorería General de la Seguridad Social*), Slg. 1987, S. 3697 (3715, Rd. 10); EuGH, Rs. C-339/89 (*Alsthalm Atlantique*), Slg. 1991, S. I-107 (123, Rd. 8).

⁹⁰³ So Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 166; insbesondere die Kommission kann durch Richtlinien oder Einzelfallentscheidungen gem. Art. 86 III EGV das Gemeinschaftsinteresse zum Ausdruck bringen und damit zu einer Konkretisierung von Art. 86 II Satz 1 und 2 EGV beitragen, vgl. hierzu Lecheler/Gundel, *Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und Abs. 3 EGV in einem liberalisierten Energiemarkt*, RdE 1998, S. 92 (96 ff.); Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1996, Art. 90 EGV, Rd. 58; Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 138.

⁹⁰⁴ EuGH, Rs. C157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5786, Rd. 69); EuGH, Rs. C158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5812, Rd. 65); EuGH, Rs. C159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5848, Rd. 113).

⁹⁰⁵ Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 90, 37 EGV, Rd. 63.

die Nichtanwendung des Gemeinschaftsrechts aber auch nach einhelliger Meinung in der Literatur⁹⁰⁶ unabhängig von der wirtschaftlichen Bedeutung im Einzelfall mit dem Gemeinschaftsinteresse unvereinbar sein. Denn in diesem Fall ist kaum ein nationales Interesse denkbar, dem Vorrang gegenüber diesem Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts zukommen könnte.⁹⁰⁷ Die Abwägung zwischen der Erfüllung der einem Unternehmen übertragenen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und den Interessen der Gemeinschaft bedarf jedenfalls einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall. So erscheinen zum Beispiel Einschränkungen des Handelsverkehrs in netzgebundenen Infrastrukturbereichen wie Verkehr, Energie oder Telekommunikation, die für die Integration innerhalb der Gemeinschaft besondere Bedeutung haben, für das Interesse der Gemeinschaft von größerem Gewicht als beispielsweise Staatsmonopole für Zündhölzer.⁹⁰⁸

Bisher hat Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV als Schranken-Schranke in der Rechtsprechung des EuGH allerdings nur eine sehr geringe Rolle gespielt. Die Frage, inwieweit Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV durch die Neuschaffung des Art. 16 EGV und dadurch, dass nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH den Mitgliedstaaten durch die Absenkung der Erfordernisse nach Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV ein größerer Gestaltungsspielraum verbleiben soll, in Zukunft möglicherweise eine höhere Bedeutung zukommt, soll allerdings erst an späterer Stelle beantwortet werden.⁹⁰⁹

4. Unmittelbare Anwendbarkeit

Nach ständiger Rechtsprechung⁹¹⁰ des EuGH besitzt zumindest Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV unmittelbare Wirkung und erlaubt es den nationalen Behörden und Gerichten, in jedem Fall selbst zu überprüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Norm vorliegen. Zugleich ist aber nach Ansicht des Gerichtshofs „die Anwendung des Art. [86] Abs. 2 nicht dem Ermessen des Mitgliedstaates überlassen, der ein Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut.“⁹¹¹ Aus dieser Formel ist jedoch keine generelle auf Gründe der Rechtssicherheit und zur Vermeidung von Harmonisierungsdefiziten gestützte Kooperations- oder Vorlagepflicht der nationalen Behörden und Gerichte an die

⁹⁰⁶ Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 166; Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 138 m.w.N.; Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 64; Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 59.

⁹⁰⁷ Zu weit und pauschal aber Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 53, der auch bei Beeinträchtigung der Grundfreiheiten stets eine nicht zu rechtfertigende Verletzung des Gemeinschaftsinteresses annimmt. Einer Abwägung nach Kriterien der Verhältnismäßigkeit sind keine objektiven, im EGV angelegten Grenzen gesetzt, vgl. Bala, A., *Art. 90 II EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 95.

⁹⁰⁸ Vgl. Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 139 m.w.N.

⁹⁰⁹ Vgl. insoweit unten unter VI. sowie in Teil 4 unter IV.3.

⁹¹⁰ St. Rspr. seit EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saaed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (852, Rd. 53 ff.); EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, S. I-2925 (2962, Rd. 34); EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533 (2569, Rd. 19); EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1521, Rd. 50); EuGH, Rs. T-16/91 (*Rendo*), Slg. 1992, S. II-2417 (2448, Rd. 99).

⁹¹¹ EuGH, Rs. C-41/83 (*Italien/Kommission*), Slg. 1985, S. 873 (888, Rd. 30).

Kommission der Europäischen Gemeinschaften abzuleiten⁹¹², sondern nur die Verpflichtung der nationalen und europäischen Gerichte, die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EGV im Interesse einer einheitlichen Rechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft anhand einheitlicher Kriterien zu definieren.⁹¹³

Ob die Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV zustimmungswürdig ist, erscheint insbesondere im Hinblick auf Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV äußerst zweifelhaft, wonach die Anwendung der Vorschrift unter dem Vorbehalt steht, dass die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaße beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Nach ständiger Rechtsprechung sind nur solche Normen des Gemeinschaftsrechts unmittelbar anwendbar, die der Sache nach abschließend, inhaltlich klar und rechtlich perfekt sind, zu ihrer Anwendbarkeit keiner weiteren Ausführungsakte bedürfen und den Mitgliedstaaten keinen Ermessensspielraum lassen.⁹¹⁴ Der Gerichtshof geht ebenso wie die herrschende Meinung in der Literatur davon aus, dass das Gemeinschaftsinteresse im Sinne von Satz 2 allein von der Kommission in Ausübung ihrer Zuständigkeiten nach Art. 86 Abs. 3 EGV im konkreten Einzelfall zu definieren ist, da die für eine solche Bestimmung notwendigen Informationen den mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten in eigener Zuständigkeit nicht zur Verfügung stehen.⁹¹⁵ Da Art. 86 Abs. 2 Satz 2 als „Schranken-Schranke“⁹¹⁶ von Satz 1 dessen Anwendungsbereich begrenzt und eine Freistellung gemäß Satz 1 daher auch eine Prüfung von Satz 2 erfordert, vermag weder eine unmittelbare Anwendbarkeit des gesamten Abs. 2, noch eine isolierte unmittelbare Anwendbarkeit von Abs. 2 Satz 1 zu überzeugen.⁹¹⁷ Auch Generalanwalt *de Lamothe* hat bereits 1971 angemerkt, man brauche Art. 86 Abs. 2 EGV nur

⁹¹² Dies wohl deswegen, da die Europäische Kommission auch nachträglich gemäß Art. 86 Abs. 3 EGV vorgehen kann, vgl. ausführlich Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 107 m.w.N.

⁹¹³ Vgl. Pernice, I., in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1994, Art. 90 EGV, Rd. 35 m.w.N.

⁹¹⁴ Grundlegend EuGH, Rs. 26/62 (*van Gend & Loos*), Slg. 1963, S. 5 (25); ausführlich hierzu Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 24-26.

⁹¹⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5786, Rd. 69); Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FIW 1999, S. 71 (77); ders., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 29, 65 m.w.N.; Kapp, T., in: in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 108 m.w.N.; Jungbluth, A., in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1998, Art. 90 EGV, Rd. 11.

⁹¹⁶ So Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 61 m.w.N.

⁹¹⁷ Ablehnend auch Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FIW 1999, S. 71 (77); ders., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 29; Benesch, R., *Die Kompetenzen der EG-Kommission aus Art. 90 III EWGV*, 1993, S. 107; kritisch Kapp, T., in: in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86 EGV, Rd. 108; Rapp-Jung, B., *Zur Tragweite des Art. 90 II EGV für die Energiewirtschaft*, RdE 1994, S. 165 (168); Fesenmair, J., *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 196 ff.; Edward/Hoskins, *Deregulation and EC-Law*, CMLR 1995, S. 157 (170); für unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 86 II EGV aber Lecheler, H., *Die Versorgung mit Strom und Gas als 'service public' und die Bedeutung der service-public Doktrin für Art. 90 Abs. 2 EGV*, RdE 1996, S. 212 (217); Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 169 m.w.N.

zu lesen, um zu erkennen, dass er keine der Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendbarkeit gemeinschaftsrechtlicher Normen erfülle.⁹¹⁸

V. Normanwendung

Noch seltener als Kommission und Gerichtshof bisher bestimmte Tätigkeiten als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse qualifiziert haben⁹¹⁹, sind sie im Konfliktfall von der Möglichkeit der Nichtanwendung der EG-Vertragsregeln wegen Art. 86 Abs. 2 EGV ausgegangen. Dies war bisher nur der Fall hinsichtlich

- der einem Unternehmen hoheitlich aufgetragenen Tätigkeit, Sammlung, Beförderung und Verteilung von Postsendungen (Basispostdienst) zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität, ohne Rücksicht auf Sonderfälle und die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs sicherzustellen (Ausnahme von Art. 82 EGV)⁹²⁰,
- der einem Unternehmen hoheitlich aufgetragenen Tätigkeit, Arbeitsvermittlung und –förderung zu betreiben (Ausnahme von Art. 82 EGV)⁹²¹,
- der einem staatlich konzessionierten Flußhafenunternehmen aufgegebenen Tätigkeiten, die mit dem Betrieb des Hafens und der Abwicklung des gesamten Flußverkehrs zusammenhängen (Ausnahme von Art. 82 EGV)⁹²²,
- der einem Verkehrsunternehmen hoheitlich aufgegebenen Tätigkeit, Linien zu bedienen, die zwar aus kommerzieller Sicht nicht rentabel sind, deren Bedienung aber aus Gründen des allgemeinen Interesses erforderlich ist (Ausnahme von Art. 81, 82 EGV)⁹²³,
- der Energieversorgungsunternehmen durch öffentlich-rechtliche Konzessionen hoheitlich aufgetragenen Tätigkeit, die Strom-, Gas- oder Wasserversorgung zu einheitlichen Konditionen und Tarifen in einem bestimmten Teil des Staatsgebietes sicherzustellen (Ausnahme von Art. 31, 81, 82 EGV)⁹²⁴,

⁹¹⁸ GA Dutheillet de Lamothe, Schlußanträge zu EuGH, Rs. 10/71 (*Staatsanwaltschaft Luxemburg/Muller*), Slg. 1971, S. 723 (740); genau zum entgegengesetzten Ergebnis kommt, allerdings mit fragwürdiger Begründung, Bala, A., *Art. 90 II EGV im System unverfälschten Wettbewerbs*, 1997, S. 101.

⁹¹⁹ Vgl. oben II.6.

⁹²⁰ EuGH, Rs. C- 320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, (2568, Rd. 15); EuG, T-106/95 (*FFSA u.a./Kommission*), Slg. 1997, S. II-229 (254, Rd. 68); zuletzt EuGH, Urteil v. 10.02.2000, verb. Rs. 147/97 und 148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 46 (noch nicht in Slg.).

⁹²¹ EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser*), Slg. 1991, S. I-1979, (2017, Rd. 24); EuGH, Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119 (7148, Rd. 26)

⁹²² EuGH, Rs. 10/71 (*Staatsanwaltschaft Luxemburg/Muller*), Slg. 1971, S. 723 (730, Rd. 8/12).

⁹²³ EuGH, Rs. 66/86 (*Ahmed Saeed Flugreisen u.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), Slg. 1989, S. 803 (853, Rd. 55).

⁹²⁴ EuGH, Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, S. I-1477 (1521, Rd. 50). EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5835, Rd. 61 ff.); EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5807, Rd. 46); EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5780, Rd. 45); in der Literatur wird im Hinblick auf die deutsche Versorgungswirtschaft teilweise die gegenteilige Meinung vertreten, da die deutschen EVU keinem Betrauungsakt unterworfen seien, vgl. nur Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 34f.; Emmerich, V., *Die deutsche Versorgungswirtschaft in der Wettbewerbsordnung der Europäischen Gemeinschaft*, in: Erdmann/Mees/Piper (Hrsg.), *Festschrift für Otto-Friedrich Freiherr von Gamm*, 1990, S. 581 (588 ff.).

- der Leistungen von Betriebsrentenfonds, die mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betraut sind, das durch einen Tarifvertrag zwischen den Organisationen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer eines bestimmten Wirtschaftszweigs vertreten, geschaffen worden ist und bei dem die Mitgliedschaft für alle Arbeitnehmer dieses Wirtschaftszweigs durch den Staat verbindlich vorgeschrieben worden ist (Ausnahme von Art. 82 EGV)⁹²⁵,
- des Programmangebots der deutschen Fernseh-Programme Phoenix und Kinderkanal (Ausnahme von Art. 82 EGV)⁹²⁶
- sowie der einem Unternehmen hoheitlich aufgetragenen Tätigkeit, Schiffe im Hafen im Interesse der allgemeinen Sicherheit festzumachen (Ausnahme von Art. 81, 82 EGV)⁹²⁷.

VI. Ergebnis von Teil 3

Auch wenn der EuGH bisher zur Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EGV nach Ansicht einiger Stimmen in der Literatur nur „punktueller Festlegungen ohne systematisch befriedigende Terrainabsicherung, verbunden mit der Ermunterung zu subtiler branchenspezifischer Detailanalyse“⁹²⁸ getroffen hat, läßt sich aus der neueren Rechtsprechung deutlich ablesen, dass der EuGH bemüht ist, den Freiraum zu erweitern, in dem die Mitgliedstaaten Unternehmen durch Regulierung vor der Anwendung der EG-Vertragsregeln „immunisieren“⁹²⁹ können.

1. Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV

Da der Staat aus wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen regelmäßig nur dort regulierend eingreift, wo nach seiner Ansicht die freien Marktkräfte nicht die für die Bevölkerung gewünschten Marktergebnisse hervorbringen, wird hinsichtlich staatlicher Einflußnahme auf Unternehmen die Anwendung der Ausnahmegesetzgebung des Art. 86 Abs. 2 EGV nur selten am Tatbestandsmerkmal des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses scheitern. Zudem führt auch die weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „verhindern“ durch den Gerichtshof, der hierfür nun schon die Gefährdung der Erfüllung der Sonderaufgabe bei vertragsgemäßem Verhalten ausreichen läßt, kaum zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm, da die Umsetzung der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen eines Staates ohne die Schaffung wettbewerbsrechtlicher Freiräume praktisch immer gefährdet ist. Die noch in der *Corbeau*-Entscheidung⁹³⁰ angewendete und insbesondere von *Ehlermann*⁹³¹ so vehement geforderte strenge Erforderlichkeitsüberprüfung von

⁹²⁵ EuGH, Rs. G219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6155, Rd. 101); EuGH, verb. Rs. G115/97 bis G117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6061, Rd. 111); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5894, Rd. 111).

⁹²⁶ Pressemitteilung IP/99/132 der Europäischen Kommission vom 24.02.1999.

⁹²⁷ EuGH, Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries France*), Slg. 1998, S. I-3949 (3996, Rd. 45, 4001, Rd. 60).

⁹²⁸ Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45.

⁹²⁹ Ehrlicke, U., *Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV*, EuZW 1998, S. 741 (747).

⁹³⁰ EuGH, Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, S. I-2533 ff.

⁹³¹ Vgl. Ehlermann, C.-D., *Role of the European Commission as regards National Energy Policies*, J.E.N.R.L. 1994, S. 342 (350): „A monopoly would only be legal if it can be demonstrated that this is the least restrictive option. First of all the public service needs have to be identified and described carefully. The

Vorrechten im Wettbewerb scheint der EuGH heute im Rahmen des Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV aufgegeben zu haben. Geprüft wird nicht, ob und inwieweit sich die Zwecke der mitgliedstaatlichen Regulierung auch bei Aufhebung des ausschließlichen Rechts und bei möglichst geringer Einschränkung des Gemeinschaftsrechts verwirklichen lassen, sondern allein, ob die Anwendung des Gemeinschaftsrechts die Zwecke der mit dem Monopol verbundenen mitgliedstaatlichen Regulierung gefährdet.⁹³² Dies führt dazu, dass über Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV letztlich fast jeder staatliche Eingriff in die Wirtschaft gerechtfertigt werden kann. Zusammenfassend merkt hierzu *Mestmäcker* kritisch an:

„Diese Auslegung von Art. [86] Abs. 2 Satz 1 durch den EuGH führt im Ergebnis zu einem nationalstaatlich geschlossenen Regulierungskreis. Der Mitgliedstaat entscheidet darüber ob er ein Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut, er entscheidet damit zugleich über die besondere Aufgabe, die das betraute Unternehmen zu erfüllen hat. Die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts wird daran gemessen, ob es die mitgliedstaatlichen Regulierungen in ihrer Funktionsfähigkeit gefährdet. Damit wird aber nicht nur auf eine Prüfung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verzichtet. Vielmehr nimmt das Gemeinschaftsrecht einen nationalen Regulierungsrahmen hin, der definitionsgemäß im Widerspruch zum Binnenmarkt und zum System unverfälschten Wettbewerbs steht.“⁹³³

2. Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV

Durch die Aufweichung der Kriterien des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV verlagert sich damit der Schwerpunkt der Prüfung in der Praxis auf die Schranken-Schranke des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV, nach der nach Satz 1 erlaubte staatliche Eingriffe in den Marktprozess die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Wie bereits oben festgestellt, bedarf es hierfür jeweils einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall. Teilweise wird jedoch vorgeschlagen, die Grenze staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen immer erst an der Stelle zu ziehen, wo die Kommission der Europäischen Gemeinschaften oder der Rat das Interesse der Gemeinschaft an einer weiteren Entwicklung des Handels bereits durch Sekundärrecht definiert hat.⁹³⁴ Mitgliedstaatliche Einflußnahme auf Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV würde damit der Geltung der Binnenmarktregeln solange entzogen, bis der Rat per Empfehlung oder Verordnung oder die Kommission aufgrund ihrer Befugnisse nach Art. 86 Abs. 3 EGV ein Interesse der Gemeinschaft an dem betreffenden Bereich geltend gemacht hat. Diese Auffassung beleuchtet die Gefahren, die von Art. 86 Abs. 2 Satz 2 ausgehen, falls man die Interessensabwägung aus dem konkreten wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Ausnahme des Satz 1 löst. Die Vorschrift könnte so dazu dienen, den jeweiligen Stand politischer Verhandlungen in das Gemeinschaftsrecht zu transformieren.⁹³⁵

public service argument is too often put ahead without one knowing exactly what it covers. The public service missions will have therefore to be clearly defined.“

⁹³² Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FIW 1999, S. 71 (78).

⁹³³ Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FIW 1999, S. 71 (81); vgl. auch Ehrlicke, U., *Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV*, EuZW 1998, S. 741 (746).

⁹³⁴ Ehrlicke, U., *Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV*, EuZW 1998, S. 741 (747).

⁹³⁵ Mestmäcker, E.-J., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Band 2, D. Art. 37, 90 EGV, Rd. 64.

Es ist zwar richtig, dass sektorspezifische Regelungsakte des Rates und der Kommission das Interesse der Gemeinschaft besonders deutlich zum Ausdruck bringen und damit bei der Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV in puncto Transparenz und Rechtssicherheit zu begrüßen sind. Allerdings darf das Fehlen von sekundärrechtlichen Regelungen nicht dazu führen, dass ein gemeinschaftliches Interesse von vornherein ausscheidet. Vielmehr ist in solchen Fällen lediglich ein gesteigerter Begründungszwang der Europäischen Kommission zur Definition des Gemeinschaftsinteresses anzunehmen.⁹³⁶ Denn sonst würde Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV praktisch zu einer Bereichsausnahme für alle mitgliedstaatlich regulierten Sektoren ausgeweitet, in denen es bisher an gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen fehlt.

3. Ausblick

Die neueste Entwicklung der Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EGV wird bisher in der Literatur allenfalls abwartend registriert. Harsche Kritik übt allein *Mestmäcker*, der anführt, dass die derzeitige Interpretation von Art. 86 Abs. 2 EGV im Ergebnis zu einem nationalstaatlich geschlossenen Regulierungskreis führe, da die Einschränkung der Anwendung der EG-Vertragsregeln auf dasjenige Maß reduziert werde, das der jeweilige Mitgliedstaat für notwendig erachte und das die Grenzen des gemeinschaftlich Zulässigen nicht überschreite. Damit sei eine weitgehende Renationalisierung der gemeinwirtschaftlichen Wirtschaftszweige sowie ein Wettbewerb der Regulierungssysteme vorgezeichnet und die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts in Frage gestellt.⁹³⁷

Hierauf ist zu antworten, dass der EG-Vertrag von vornherein davon ausgeht, dass Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auch grundsätzlich der alleinigen Ausgestaltungsbefugnis der Mitgliedstaaten unterliegen. Nur dort und nur in dem Rahmen, in dem mitgliedstaatliche Regulierung mit den Binnenmarktregeln konfligiert, wird diese Ausgestaltungsbefugnis im Rahmen des Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV gemeinschaftsrechtlich begrenzt. Die Gemeinschaft respektiert insoweit die Wirtschafts- und Sozialordnungen der Mitgliedstaaten. Entscheidungsspielräume der rechtsanwendenden Instanzen bei der Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV sind unvermeidbar, was im Wettbewerbsrecht nichts Außergewöhnliches ist, vom Standpunkt exakter positiver Ökonomik jedoch unbefriedigend bleiben muss.⁹³⁸ Das Gemeinschaftsrecht erkennt insoweit an, dass es bei der Regulierung gemeinwirtschaftlicher Unternehmen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft durchaus zu unterschiedlichen Entwicklungen kommen kann, so dass insoweit tatsächlich nur eingeschränkt von einer gleichmäßigen Geltung des Gemeinschaftsrechts gesprochen werden kann.⁹³⁹

⁹³⁶ Dieser Ansicht ist offensichtlich auch der EuGH, vgl. EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5815 (5849, Rd. 115); EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5812, Rd. 67); EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5787, Rd. 70).

⁹³⁷ Mestmäcker, E.-J., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, FiW 1999, S. 71 (81).

⁹³⁸ Cox, H., *Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung*, H.J.W.G. 1996, S. 161 (168).

⁹³⁹ Zustimmend Möschel, W., *Europäisches Kartellrecht in liberalisierten Wirtschaftssektoren*, WuW 1999, S. 832 (835).

Dennoch ist die Forderung abzulehnen, zugunsten einer gleichmäßigen Geltung des Gemeinschaftsrechts die wirtschaftspolitische Kompetenz der Mitgliedstaaten dadurch noch weiter zu beschneiden, dass man staatliche Regulierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf ihre Erforderlichkeit durch den EuGH überprüfen läßt. Denn wie bereits ausgeführt kann ein wissenschaftlich genauer Nachweis hypothetischer Wettbewerbsergebnisse nicht erbracht werden.⁹⁴⁰ Der Normzweck des Art. 86 Abs. 2 EGV beschränkt sich vielmehr darauf, bestimmte Regulierungsformen, die über Art. 86 Abs. 1 EGV gegen die Binnenmarktregeln verstoßen und daher verboten sind, von diesem Verbot freizustellen. Art. 86 Abs. 2 EGV verleiht aber den Gerichten keine Kompetenz, darüber hinaus selbst regulierend in die wirtschaftspolitische Ausgestaltungsbefugnis der Mitgliedstaaten einzugreifen. Kommission und Rat können durch den Erlaß von gemeinschaftlichem Sekundärrecht Harmonisierungsmaßnahmen treffen und so den Mitgliedstaaten die Möglichkeit nehmen, sich bestimmter im Widerspruch zu den EG-Vertragsregeln stehender Regulierungsformen zu bedienen. Trotz der Normenhierarchie zwischen Primär- und Sekundärrecht kann man auf diesem Wege tatsächlich eine einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV erreichen, da das Sekundärrecht zugleich ein Gemeinschaftsinteresse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV Satz 2 EGV konkretisiert, so dass der Verhältnismäßigkeitsprüfung innerhalb dieser Schranken-Schranke in der Zukunft immer mehr Bedeutung zukommen dürfte.⁹⁴¹

Inwieweit außerdem die Neuschaffung des Art. 16 EGV Einfluß auf die Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EGV hat, soll bei der Normwirkung dieses Artikels in Teil 4 untersucht werden.

⁹⁴⁰ Cox, H., *Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung*, H.J.W.G. 1996, S. 161 (168) m.w.N.

⁹⁴¹ Zustimmend auch Bartosch, A., *Dienstleistungsfreiheit und Monopolrechte*, NJW 2000, S. 2251 (2252); Schaub/Dohms, *Der wettbewerbliche Binnenmarkt für Strom und Gas. Zur Rolle von Art. 90 II EGV*, AG 1998, S. 566 (574) sprechen daher treffend von einem Wechselspiel zwischen Primär- und Sekundärrecht.

Teil 4 – Der neue Art. 16 EGV

I. Ausgangsüberlegungen

Die Zukunft der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist in jüngerer Vergangenheit sowohl im europäischen als auch im nationalen Maßstab in den Mittelpunkt des politischen Interesses gerückt. Auslöser der Renaissance auf europäischer Ebene ist insbesondere die durch den am 01.05.1999 in Kraft getretenen Amsterdamer Vertrag in den EG-Vertrag neu eingefügte Vorschrift des Art. 16 EGV. Nachdem in Teil 1 bis 3 dieser Arbeit die Stellung mitgliedstaatlich regulierter gemeinwohlorientierter (wirtschaftlicher) Leistungen im Gemeinschaftsrecht erarbeitet wurde, sollen im folgenden zunächst die wirtschaftlichen und politischen Hintergründe dargestellt werden, die für die Neueinfügung einer den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewidmeten Norm in den ersten Teil der Grundsätze des EG-Vertrages wesentlich waren (II.). Eng verbunden hiermit ist die Frage, auf welche Weise Gemeinwohlanliegen in Form der Gewährleistung einer infrastrukturellen Grundversorgung der Unionsbürger mit bestimmten Netzen und Diensten und die Grundsätze ihrer Wahrnehmung im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht seit Ende der achtziger Jahre Eingang gefunden haben (III.). Nur unter Zugrundelegung aller bis hier gefundenen Ergebnisse ist schließlich ein Verständnis der kontroversen Entstehungsgeschichte und Funktion des Art. 16 EGV möglich, dessen Normanalyse der vierte Teil dieses Kapitels gewidmet ist (IV.). Eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse dieser Arbeit und ein Ausblick auf zukünftige Entwicklungen findet sich unter V.

II. Veränderungen der Strukturen der Versorgungswirtschaft

1. Einleitung

Im folgenden sollen zunächst die Herausforderungen und Rahmenbedingungen, die sich für den Staat hinsichtlich der Steuerung und Kontrolle der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse aus der Globalisierung und den Binnenmarktregeln ergeben, in einer erweiterten Perspektive formuliert werden (2.). Im Anschluß hieran ist zu klären, ob sich die daraus ableitbaren neuen wirtschaftspolitischen Akzente (3.) für die Europäische Gemeinschaft in Form eines Zielsystems spezifizieren lassen (4.).

2. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Wandel

a) Veränderungsdruck durch die Globalisierung

Der Begriff der Globalisierung wird allgemein als die Ausbreitung des kapitalistischen Wirtschaftens in alle gesellschaftlichen Teilsysteme verstanden.⁹⁴² Er kennzeichnet einen tiefgreifenden und irreversiblen Prozess des Strukturwandels der Weltwirtschaft, der zu einer Zunahme der multinationalen Vernetzung der Märkte führt. Diese fördert das Entstehen

⁹⁴² Vgl. Ebert/Noll, *Öffentliche Dienstleistungen in einem globalisierten ökonomischen Umfeld*, ZögU 1999, S. 290 (291).

internationaler Handelsströme, unternehmerischer Direktinvestitionen mit Verlagerungen von Produktionsstandorten sowie die Formierung räumlich ungebundener transnationaler Konzerne mit globalen Unternehmensstrategien. Im Hinblick auf nationalstaatliche Konzepte wie *service public*, *Daseinsvorsorge* oder *public service* sind insbesondere die gesellschaftspolitischen Aspekte des komplexen Phänomens Globalisierung von Bedeutung: Durch einen globalen Kapitalismus, der dem Primat der marktgemäßen Selbststeuerung folgt, schwindet die Option der Erfüllung einer übergeordneten staatlichen Gemeinwohlfunktion zugunsten nichtstaatlicher Marktteilnehmer, die dem Nationalstaat diese Kompetenz abringen. Durch diesen Verlust von Politikmöglichkeiten seitens des Staates entsteht die Gefahr von Wohlfahrtsverlusten für bestimmte Räume und Gruppen in einem Gesamtraum beziehungsweise einer Gesamtgesellschaft.⁹⁴³ Die hieraus entstehenden Disparitäten laufen nicht nur den Zielen der Verteilungsgerechtigkeit und letztlich der Effizienz zuwider, sie gefährden auch die Stabilität der Gesellschaftssysteme in ihrer Gesamtheit. Mit den Worten von *Ebert* und *Noll* wird „aus der proklamierten theoretischen Freiheit der Selbstbestimmung eine empirisch beobachtbare Fremdbestimmung der Individuen durch die Marktkräfte, mit der Konsequenz des Rufs nach dem Therapeuten Politik.“⁹⁴⁴

Durch die Globalisierung haben sich auch die Rahmenbedingungen für die Erbringung von Gütern und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der Europäischen Union in jüngster Zeit drastisch verändert und entsprechen kaum noch den Voraussetzungen, unter denen sie einst von den Mitgliedstaaten eingeführt wurden. In den gemeinwirtschaftlichen Wirtschaftssektoren der Mitgliedstaaten war die Lage lange Zeit durch die Existenz von Monopolen gekennzeichnet, die umfassende Netze betrieben und im gesamten Gebiet eines Mitgliedstaats oder einem Teil davon, im Rahmen einer Betrauung mit einer besonderen Aufgabe bestimmte Güter oder Dienstleistungen der Bevölkerung zu staatlich bestimmten Konditionen anzubieten hatten.⁹⁴⁵ Während in den USA im Rahmen der *public utility regulation* seit jeher ein rechtlich nachprüfbarer Zusammenhang von Kosten und Preisen selbstverständlich ist, ist in allen europäischen Ländern mit Ausnahme Großbritanniens⁹⁴⁶ der Stellenwert von betriebswirtschaftlicher Rationalität⁹⁴⁷ und Schutz der Verbraucherinteressen in öffentlichen Unternehmen nur sehr gering. Im Vordergrund stehen bis heute vielmehr außer der Subventionierung des Staatshaushalts die Subventionierung defizitärer Güter und Dienstleistungen.⁹⁴⁸ In ihrer Mitteilung über die *Daseinsvorsorge* in

⁹⁴³ Thurow, L., *Die Zukunft des Kapitalismus*, 1996, S. 37 ff.

⁹⁴⁴ Ebert/Noll, *Öffentliche Dienstleistungen in einem globalisierten ökonomischen Umfeld*, ZögU 1999, S. 290 (293).

⁹⁴⁵ Vgl. oben Teil 1.

⁹⁴⁶ Großbritannien hat bereits in den achtziger Jahren konsequent eine umfassende Privatisierung früherer Staatsmonopole und -oligopole durchgeführt.

⁹⁴⁷ Unter dem facettenreichen Begriff „new public management“ wird in der verwaltungsrechtlichen Literatur der Bedarf des Staates nach neuen Organisations- und Steuerungsmodellen diskutiert, die ihn „unternehmerischer“ werden lassen, vgl. hierzu Burgi, M., *Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts*, EuR 1997, S. 261 (262) m.w.N. in FN 9.

⁹⁴⁸ Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, 1997, S. 635 (648).

Europa⁹⁴⁹ hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften 1996 die wichtigsten Entwicklungsfaktoren auf diesem Gebiet wie folgt zusammengefaßt:

- Die Verbraucher machen heute zunehmend ihre Rechte und Forderungen als Nutzer gemeinwohlorientierter Leistungen geltend. Zudem stellen sie höhere Ansprüche an Auswahl und Qualität und entwickeln ein stärkeres Preisbewußtsein.
- Der weltweite Wettbewerb zwingt die gewerblichen Kunden der Leistungsanbieter, sich um günstige Tarife zu bemühen, wie sie auch ihren Konkurrenten angeboten werden.
- Anders als in der Nachkriegszeit ist es heute leichter, für die Unterhaltung und Weiterentwicklung der Netze eine privatwirtschaftliche Finanzierung zu mobilisieren als öffentliche Mittel.
- Die neuen Technologien verändern die traditionellen Wirtschaftssysteme, die, namentlich in den Sektoren Telekommunikation, Fernsehen und Verkehr, durch Monopole gekennzeichnet sind, und erlauben den Zugang zu neuen Gütern und Dienstleistungen.
- In einigen Ländern verzögert sich die Modernisierung bestimmter Sektoren, was den Anpassungsprozess erschwert.⁹⁵⁰

Die skizzierten Entwicklungen lassen deutlich werden, dass das öffentliche Interesse und damit die Funktionen der öffentlichen Wirtschaft eine systematische Neuakzentuierung erfahren müssen. Im Kern geht es in den kommenden Jahren darum, auf eine pragmatische Weise Globalisierung kompatibel zu den nationalen Politiken zu machen und so eine dynamische Stabilität des politischen, gesellschaftlichen und ökonomischen Systems zu bewirken.⁹⁵¹

b) Veränderungsdruck durch die Binnenmarktregeln

Neben diesen ökonomischen und technologischen Veränderungen sind auch binnenmarktrechtliche Gründe für eine veränderte Sichtweise maßgeblich. Erbringer von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind regelmäßig öffentliche Unternehmen oder Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV. Die Gleichung von Staatsmonopol und öffentlichem Interesse geht aber heute im Binnenmarkt nicht mehr auf. Mitgliedstaatlich privilegierte Unternehmen müssen sich nach der Rechtsprechung des EuGH uneingeschränkt anhand der EG-Vertragsregeln überprüfen lassen. Eine wettbewerbsrechtliche Privilegierung wird bei Verstoß gegen die EG-Vertragsregeln gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV nur ausnahmsweise erlaubt, wenn es einen verifizierbaren Zusammenhang zwischen ihr und dem jeweils in Anspruch genommenen Interesse gibt.⁹⁵² Die Verwirklichung der Binnenmarktregeln des EG-Vertrages führt daher in vielen Fällen zu einer Auflösung oder Deregulierung bisheriger

⁹⁴⁹ Europäische Kommission, *Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, KOM (96) 443 endg., ABl. EG 1996 Nr. C 281/03, Rd. 21.

⁹⁵⁰ Eine ähnliche Übersicht über die Legitimitätskrise und Entwicklung der öffentlichen Wirtschaft in den Ländern der Europäischen Union gibt die Studie des CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 26 ff.

⁹⁵¹ Ebert/Noll, *Öffentliche Dienstleistungen in einem globalisierten ökonomischen Umfeld*, ZögU 1999, S. 290 (295); Rodrik, D., *Has Globalization gone too far?*, 1997, S. 2.

⁹⁵² Vgl. hierzu oben Teil 2.

Wettbewerbsausnahmebereiche und Monopole und zwingt den öffentlichen Unternehmenssektor zu zum Teil erheblichen Änderungen und Anpassungen seiner Strukturen und Unternehmenspolitik an die geänderten Rand- und Rahmenbedingungen.⁹⁵³ Vor diesem Hintergrund hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ihre Liberalisierungspolitik mit folgenden Worten gekennzeichnet:

„Von allen Fragen der Wettbewerbspolitik ist die Beseitigung der Monopole zweifellos die größte Herausforderung. Dies gilt insbesondere für die Sektoren Erzeugung und Verteilung von Gas und Elektrizität, Telekommunikation und postalische Dienste. Ganz ähnlich ist die Problematik indessen bei den Finanzdienstleistungen und im Verkehr, da auch hier Marktzugangsschranken aufgrund nationaler oder örtlicher Reglementierungen bestehen und sich Probleme des Zugangs zu den letzten oder zu anderen unerläßlichen Einrichtungen ergeben. [...] Grundlage des Abbaus der Monopole ist Art. [86 Abs. 1 EGV], wonach die Wettbewerbsvorschriften auch für öffentliche Unternehmen und für Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, gelten.“⁹⁵⁴

Die kritische Beurteilung staatlicher Marktzugangsregelungen im europäischen Gemeinschaftsrecht nährt damit die These, der Binnenmarkt sei hinsichtlich der gesamtwirtschaftlich wichtigen Infrastruktursektoren das größte Deregulierungsprojekt der modernen Wirtschaftsgeschichte.⁹⁵⁵

3. Liberalisierung der Aufgabenwahrnehmung

a) Liberalisierung und Privatisierung

Die eben beschriebenen ökonomischen und rechtlichen Hintergründe sind maßgeblich dafür verantwortlich, dass seit den 80er Jahren in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft eine Strategie der Verlagerung öffentlicher Aufgaben in die private Wirtschaft eingesetzt hat.⁹⁵⁶ Auch die Weltbank verweist in ihrem Entwicklungsbericht 1997 auf die in allen OECD-Ländern zu beobachtenden Liberalisierungstendenzen in den Versorgungsbereichen⁹⁵⁷, als deren Ursache die bereits oben angesprochenen Fehlentwicklungen im Bereich der Infrastruktur angeführt werden, die ihrerseits auf unzureichende institutionelle Anreize zurückzuführen seien und von denen man sich Abhilfe

⁹⁵³ Cox, H., *Die Gewährleistung öffentlicher Dienstleistungen durch Regulierung im sog. Allgemeininteresse oder durch öffentliches Eigentum?*, 1999, S. 1 m.w.N.; Monnier, L., *Die Zukunft der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union*, in: Cox, H. (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 1996, S. 41 ff., insb. S. 46.

⁹⁵⁴ Europäische Kommission, 22. *Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1992, 1993*, Rd. 21-22.

⁹⁵⁵ So Karl-Heinz Narjes (zitiert nach Krenzler, H., *Zwischen Protektionismus und Liberalismus*, EA 1988, S. 241); Ehlermann, C.-D., *Der Beitrag der Wettbewerbspolitik zum Europäischen Binnenmarkt*, WuW 1992, S. 5 (6), bezeichnet das Binnenmarktprojekt als „gigantisches Deregulierungsprogramm“; grundlegend zu den Deregulierungs- und Privatisierungsprozessen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht König, K., *Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private: Eine europäische Sicht*, VerwArch 1990, S. 436 ff.; Schmidt, R., *Privatisierung und Gemeinschaftsrecht*, Verw 1995, S. 281 ff.

⁹⁵⁶ Ein anderer wesentlicher Grund war das Spürbarwerden finanzieller Lasten der Wohlfahrtsstaaten, vgl. König, K., *Entwicklung der Privatisierung in der Bundesrepublik Deutschland*, VerwArch 1988, S. 241 ff.; Foster/Plowden, *The State under Stress*, 1996.

⁹⁵⁷ World Bank, *World Development Report 1997: The State in a Changing World*, 1997, S. 61 ff.

durch die Implementierung von Wettbewerb mittels Aufgabenverlagerung vom Staat auf Private verspricht.⁹⁵⁸ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass Liberalisierung nicht automatisch auch Privatisierung bedeutet. So ergibt sich aus den Vorschriften des EG-Vertrags, insbesondere Art. 86 Abs. 1 EGV, keine Pflicht der Mitgliedstaaten, ihre Staatsbetriebe zu privatisieren. Vielmehr erlauben die Vorschriften des EG-Vertrags staatliches unternehmerisches Verhalten genauso wie privates, weshalb die Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Prozess der Liberalisierung auch nicht gegen staatliches Eigentum vorgeht.

b) Liberalisierung durch europäische Wettbewerbspolitik

Auch wenn die EG-Vertragsregeln in der Regel⁹⁵⁹ keine Privatisierung staatlicher Unternehmen erzwingen, kommt der europäischen Wettbewerbspolitik zumindest im Hinblick auf Deregulierung und Liberalisierung staatlich regulierter Wirtschaftssektoren aus institutionellen Gründen eine „Vorreiterfunktion“⁹⁶⁰ zu. Neben Art. 95 EGV, der Harmonisierungsmaßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktpinzips erlaubt, ist insbesondere Art. 86 Abs. 3 EGV der wesentliche Hebel zur Beschleunigung grenzüberschreitender Handlungsfreiheit in der Gemeinschaft.⁹⁶¹ Normzweck letzterer Vorschrift ist neben der Überwachung der Anwendung von Art. 86 EGV⁹⁶² in erster Linie der Vollzug von Art. 86 Abs. 1 EGV. So kann die Kommission über ihre allgemeinen Kompetenzen aus Art. 83, 88 und 226 EGV hinaus gemäß Art. 86 Abs. 3 EGV Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten richten, mit dem Ziel, Verstöße gegen Art. 86 Abs. 1 EGV abzustellen und die in Abs. 1 genannten Grundsätze in präventiver Hinsicht zu konkretisieren und weiterzuentwickeln.⁹⁶³

Während auf nationaler Ebene wettbewerbsrechtlich notwendige Deregulierung von Wirtschaftssektoren oft nur schleppend vorankommt, da nationale Entscheidungsträger regelmäßig unter dem Druck von Interessensgruppen und öffentlicher Meinung stehen und eher die Maximierung des eigenen Nutzens betreiben, anstatt im Interesse der Allgemeinheit zu handeln⁹⁶⁴, besteht die Kommission der Europäischen Gemeinschaften aus Mitgliedern, die

⁹⁵⁸ World Bank, *World Development Report 1994: Infrastructure and Development*, 1994.

⁹⁵⁹ Vgl. aber oben in (Teil 2) IV. 2. zu Art. 295 EGV die Pflicht zur Reprivatisierung, wenn eine staatliche Kapitalbeteiligung als unzulässige Beihilfe iSd Art. 87 EGV zu qualifizieren ist.

⁹⁶⁰ Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 207.

⁹⁶¹ Vgl. hierzu Chung, C.-M., *Recent developments in EC postal liberalisation*, ECLR 1994, S. 217 (224); Kerf, M., *The policy of the Commission of the EEC toward national monopolies*, World Competition 1993, S. 73 (111); Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 209.

⁹⁶² Insoweit ist Art. 86 Abs. 3 EGV nur eine Wiederholung und Konkretisierung der allgemeinen Kommissionsaufgaben gemäß Art. 211 EGV.

⁹⁶³ Vgl. Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 56 mit ausführlichen Rechtsprechungs nachweisen in FN 236 und 237.

⁹⁶⁴ So z.B. zur Situation in Deutschland Hamm, W., *Privatisierung – Ein Schlüsselproblem freiheitlicher Ordnungen*, ORDO 1992, S. 139 (150): „Im Gegensatz zu Großbritannien, das in den achtziger Jahren konsequent eine umfassende Privatisierung auch früherer Staatsmonopole in die Wege geleitet hat [...], haben sich deutsche Bundesregierungen eher zögerlich bis ablehnend verhalten. Staatliche Monopole wurden und werden, wenn überhaupt, dann nur unter dem von Brüssel ausgehenden Zwang vorsichtig aufgelockert. [...] An die Privatisierung der Staatsbetriebe wird nicht oder nur in Form privater Minderheitsbeteiligungen gedacht. Der unmittelbare politische Einfluß auf die Geschäftsführung, auch über Aufsichtsratsmandate für

keine Weisungen nationaler Regierungen entgegennehmen dürfen und dazu verpflichtet sind, ihre Tätigkeit in voller Unabhängigkeit zum allgemeinen Wohl der Gemeinschaft auszuüben.⁹⁶⁵ Gerade diese autonome Richtlinienkompetenz im Rahmen des Art. 86 Abs. 3 EGV hat es der Europäischen Kommission ermöglicht, eine Leitfunktion bei der Überprüfung nationalstaatlicher Regulierungen einzunehmen.⁹⁶⁶

Neben dem Vollzug der Vorgaben von Art. 86 Abs. 1 EGV verfolgt die Kommission mit ihrer Liberalisierungspolitik zwei Hauptziele: Zum einen sollen die Verbraucher bessere Waren und Dienstleistungen zu günstigeren Preisen erhalten, zum anderen soll die wirtschaftliche Integration innerhalb des Binnenmarktes und damit auch die Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung in Europa gefördert werden.⁹⁶⁷ Unter Zugrundelegung dieses Zielkatalogs ist die Kommission der Europäischen Gemeinschaften daher seit Anfang der 80er Jahre im Rahmen des Art. 86 Abs. 3 EGV sektorspezifisch vor allem durch den Erlass von Richtlinien und Entscheidungen⁹⁶⁸ zum Beispiel im Bereich Fernsehen⁹⁶⁹ und Telekommunikation⁹⁷⁰, Post⁹⁷¹, Verkehr⁹⁷² und Monopolversicherung der

Politiker, soll nicht preisgegeben werden. Die Deregulierung wird ebenfalls nur zaghaft betrieben aus Sorge, die Staatsbetriebe könnten sich im Wettbewerb mit privaten Unternehmen nicht behaupten [...].“

⁹⁶⁵ Heinemann, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 207/208.

⁹⁶⁶ In dieser Richtung auch Möschel, W., *Neuere Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht*, in: Everling/Narjes/Sedemund (Hrsg.), *Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht – Festschrift für Arved Deringer*, 1993, S. 328 (344 f.); vgl. auch den Kommentar des wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft, *Gesamtwirtschaftliche Orientierung bei drohender finanzieller Überforderung: Gutachten vom 10. und 11. Juni 1992*, S. 1631 (1636): „Die Versuche, dem Wildwuchs staatlicher Regulierungen sind fast immer gescheitert, es sei denn von EG-Regelungen ging ein kräftiger Liberalisierungsdruck aus.“

⁹⁶⁷ Van Miert, K., *Wettbewerbspolitik, Liberalisierung und Privatisierung*, FIW 1999, S. 5.

⁹⁶⁸ Vgl. hierzu allgemein Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum GWB*, 1999, Band 5, Art. 86, Rd. 162 ff.

⁹⁶⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 26.06.1997 (*Exklusivrechte zur Ausstrahlung von Fernsehwerbung*), ABl. EG 1997 Nr. L 244/18;

⁹⁷⁰ Europäischen Kommission, Entscheidung vom 04.10.1995 (*GSM-Lizenz Italien*), ABl. EG 1995 Nr. L 280/49; dies., Entscheidung vom 18.12.1996 (*GSM-Lizenz Spanien*), ABl. EG 1997 Nr. L 76/19; dies., Richtlinie 88/301/EWG vom 16.05.1988 (*Telekommunikations-Endgeräte*), ABl. EG 1988 Nr. L 131/73; dies., Richtlinie 94/46/EG vom 13.10.1994 (*Satellitenkommunikation*), ABl. EG 1994 Nr. L 268/15; dies., Richtlinie 90/388/EWG vom 28.06.1990 (*Telekommunikationsdienste*), ABl. EG 1990 Nr. L 192/10; dies., Richtlinie 95/51/EG vom 18.10.1995 (*Kabelfernsehnetze*), ABl. EG 1995 Nr. L 256/49; dies., Richtlinie 96/2/EG vom 26.01.1996 (*Mobilfunkbetreiber*), ABl. EG 1996 Nr. L 20/59; dies., Richtlinie 96/19/EG vom 13.03.1996 (*Vollständige Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte*), ABl. EG 1996 Nr. L 74/13; dies., Richtlinie 99/64/EG vom 23.06.1999 (*Rechtliche Trennung des Betriebs von Kabelfernseh- und Telekommunikationsnetzen*), ABl. EG 1999 Nr. L 175/39.

⁹⁷¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 20.12.1989 (*Eil-Kurierdienste Niederlande*), ABl. EG 1990 Nr. L 10/47 (aufgehoben wegen Verstoß gegen Verfahrensrechte durch EuGH, verb. Rs. C-48/90 und C-66/90 (*Niederlande u.a./Kommission*), Slg. 1992, S. I-565 ff.); dies., Entscheidung vom 01.08.1990 (*Eil-Kurierdienste Spanien*), ABl. EG 1990 Nr. L 233/19;

⁹⁷² Europäische Kommission, Entscheidung vom 21.12.1993 (*Hafen von Rødby*), ABl. EG 1994 Nr. L 55/52; dies., Entscheidung vom 28.06.1995 (*Start- und Landegebühren Belgien*), ABl. EG 1995 Nr. L 216/8; dies., Entscheidung vom 10.02.1999 (*Start- und Landegebühren Portugal*), ABl. EG 1999, Nr. L 69/31; dies., Entscheidung vom 21.10.1997 (*Lotsentarife Hafen von Genua*), ABl. EG 1997 Nr. L 301/27; dies., Entscheidung vom 21.10.1997 (*Überlassung von Zeitarbeitskräften bei Hafenbetriebsgesellschaften*), ABl. EG 1997 Nr. L 301/17; dies., Entscheidung vom 22.06.1987 (*Tarifiermäßigungen im Luft- und Seeverkehr in Spanien*), ABl. EG 1987 Nr. L 194/28.

öffentlichen Hand⁹⁷³ tätig geworden und hat hierdurch eine von Sektor zu Sektor unterschiedlich starke Marktliberalisierung bewirkt.⁹⁷⁴ Flankiert werden diese Maßnahmen durch vom Rat (teilweise gemeinsam mit dem Europäischen Parlament) erlassene Richtlinien gemäß Art. 95 EGV, die vielfach in einem sachlichen Kontext zu durch Art. 86 Abs. 3 EGV liberalisierten Sektoren stehen.⁹⁷⁵ So ist zum Beispiel der Telekommunikationssektor durch ein Gesamtpaket auf Art. 95 und 86 Abs. 3 EGV gestützter gesetzgeberischer Maßnahmen inzwischen vollständig liberalisiert worden. Dagegen wurde der Postbereich mit Hilfe der Richtlinie des Parlaments und des Europäischen Rates vom Dezember 1997 bisher nur sehr begrenzt liberalisiert. Auch in den Bereichen Energie und Verkehr schreitet die Liberalisierung je nach Einzelsektor unterschiedlich schnell voran.⁹⁷⁶

4. Re-Regulierung liberalisierter Wirtschaftssektoren

Gegen die These, dass auf funktionierenden, deregulierten und liberalisierten Märkten die Marktergebnisse automatisch der Optimalität entsprechen, werden verschiedene angebots- und nachfrageseitige Einwände vorgebracht, die besonders an den Gesetzen des Marktes kritisch ansetzen.⁹⁷⁷ An diese in Teil 1 dieser Arbeit erörterten Gründe für staatliches Eingreifen in den Marktprozess soll hier nur kurz erinnert werden: Würden alle Güter und Dienstleistungen nur nach den Gesetzen des Marktes zustande kommen, würde nichtkaufkräftige Nachfrage auch bei solchen Gütern und Dienstleistungen ausgeschlossen, deren Angebot und Nachfrage im öffentlichen Interesse liegt, da der Markt die Nachfrage allein nach ihrer Kaufkraft selektiert. Zudem ist das Angebot in einer wettbewerbsverfaßten Marktwirtschaft das Ergebnis privatwirtschaftlicher Rentabilitätskalküle. Es kann aber aus Gründen des öffentlichen Interesses auch Güter und Dienstleistungen geben, die trotz

⁹⁷³ Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.04.1985 (*Griechisches Gesetz über die Versicherung öffentlichen Vermögens*), ABl. EG 1985 Nr. L 152/25 (bestätigt durch EuGH, Rs. 226/87 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 1988 (3611));

⁹⁷⁴ Vgl. hierzu allgemein Haverkate/Huster, *Europäisches Sozialrecht*, 1999, S. 291 ff.; einen sehr guten Überblick bietet ebenfalls Schmidt, S., *Liberalisierung in Europa – Die Rolle der Europäischen Kommission*, 1998.

⁹⁷⁵ Vgl. z.B. auf dem Gebiet der Telekommunikation Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28.06.1990 (*Open Network Provision*), ABl. EG 1990 Nr. L 192/1; Richtlinie 92/44/EWG des Rates vom 05.06.1992 (*Offener Netzzugang bei Mietleitungen*), ABl. EG 1992 Nr. L 165/27 (zuletzt geändert durch Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.10.1997 (Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Umfeld), ABl. EG 1997 Nr. L 295/23); Richtlinie 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.1995 (*Open Network Provision*), ABl. EG 1995 Nr. L 321/6; Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.04.1997 (*Genehmigungen für Telekommunikationsdienste*), ABl. EG 1997 Nr. L 117/15; Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.06.1997 (*Universaldienst und Interoperabilität*), ABl. EG 1997 Nr. L 199/32; Richtlinie 98/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.02.1998 (*Konformität von Satellitenfunkanlagen und Telekommunikationseinrichtungen*), ABl. EG 1998 Nr. L 74/1; Richtlinie 98/10/EG vom 26.02.1998 (*Open Network Provision beim Sprachtelefondienst*), ABl. EG 1998 Nr. L 101/24; vgl. ansonsten noch die Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1997 (*Postdienste*), ABl. EG 1998 Nr. L 15/14; Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15.10.1996 (*Flughafenbodenabfertigungsdienste*), ABl. EG 1996 Nr. L 272/36; Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 (*Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie*), ABl. EG 1997 Nr. L 27/20; Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (*Erdgasbinnenmarkt*), ABl. EG 1998 Nr. L 204/1.

⁹⁷⁶ Vgl. z.B. zum Post- Telekommunikationssektor Monopolkommission, *Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten?*, 2000.

⁹⁷⁷ Vgl. zum folgenden Cox, H., *Entscheidungskriterien und Prinzipien für öffentliche Dienste*, in: ders. (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, 1996, S. 13 (18).

Unrentabilität oder gar bei bewußter Inkaufnahme von Verlusten aus Gründen des Gemeinwohls erbracht werden sollen.⁹⁷⁸

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass es ein durchgehendes Kennzeichen deregulierter und liberalisierter Wirtschaftssektoren ist, dass regelmäßig umfangreiche⁹⁷⁹ positiv-gestaltende Eingriffe in Form von Re-Regulierung erforderlich sind, um einerseits die Wettbewerbsprozesse in Gang zu bringen⁹⁸⁰ und andererseits optimale Wettbewerbsergebnisse zu erzielen.⁹⁸¹ Re-Regulierung wirkt hier praktisch als ein Korrelat der Liberalisierung, indem sie die Freiheiten aller Betroffenen in ihrem Zusammen-, Gegen- und Wechselspiel moderierend zu optimieren versucht und zum anderen der Maximierung von Freiheit durch die Festlegung von Pflichten als Ausfluß des Prinzips der Gleichheit Grenzen setzt.⁹⁸²

5. Ergebnis

a) Die Suche nach einem Equilibrium

Dienten Gedanken wie Gewährleistung der Grundversorgung, Daseinsvorsorge oder service public traditionell zur Legitimation von Monopolleistungen, so sollen sie jetzt die Risiken begrenzen, die mit dem Übergang zu Wettbewerb und offenen Märkten verbunden sein können.⁹⁸³ Die Rolle der Europäischen Gemeinschaft im Prozess der Liberalisierung besteht gerade darin, „ein delikates Gleichgewicht zwischen Grundversorgung und Binnenmarkt“⁹⁸⁴ zu schaffen. Auf nationaler als auch europäischer Ebene muss es darum gehen, geeignete institutionelle Rahmenbedingungen zu schaffen, um eine wettbewerbliche Ausrichtung des öffentlichen Wirtschaftens bei gleichzeitiger Orientierung der Unternehmen am öffentlichen Interesse zu gewährleisten. Auf die Wichtigkeit dieses Gleichgewichts haben auf europäischer Ebene ausdrücklich die Staats- und Regierungschefs erstmals im Juni 1995 in Cannes hingewiesen:

⁹⁷⁸ Vgl. hierzu ausführlich oben Teil 1.

⁹⁷⁹ Solche positiv-gestaltenden Regulierungen haben in einigen Sektoren mittlerweile den Umfang ganzer Gesetzbücher angenommen, die, wie z.B. die Richtlinie über den Zugang zum Markt für Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft (96/67/EG, ABl. EG 1997 Nr. L 272/36), von ihrem Umfang her das gesamte primäre Wettbewerbsrecht des EG-Vertrags einschließlich der Beihilfenvorschriften übertreffen.

⁹⁸⁰ Zur Installation funktionsfähiger Märkte bildet ein Schwerpunkt das Verfahren zur Sicherung des Marktzugangs als Ausdruck wettbewerblicher Teilhaberechte.

⁹⁸¹ Einen Überblick über die Re-Regulierung der wichtigsten liberalisierten Wirtschaftssektoren in der EU gibt Möschel, W., *Europäisches Kartellrecht in liberalisierten Wirtschaftssektoren*, WuW 1999, S. 832 (836 ff.).

⁹⁸² Vgl. Möschel, W., *Privatisierung, Deregulierung, Wettbewerbsordnung*, JZ 1988, S. 885 (891); Vollmer, L., *Die Sondermärkte im Spannungsfeld von nationalen und europäischen Regulierungs- und Deregulierungsaktivitäten*, in: Kruse/Stockmann/Vollmer (Hrsg.), *Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen*, 1997, S. 289 (291); Rupp, H., *Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, 1987, Band 1, S. 1187 (1213 f.).

⁹⁸³ Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, 1997, S. 635 (648).

⁹⁸⁴ Van Miert, K., *Wettbewerbspolitik, Liberalisierung und Privatisierung*, FIW 1999, S. 5 (6).

„Der Europäische Rat erinnert daran, dass ihm daran gelegen ist, dass die Einführung eines stärkeren Wettbewerbs in zahlreichen Sektoren im Hinblick auf die endgültige Verwirklichung des Binnenmarktes mit den im wirtschaftlichen Allgemeininteresse liegenden Aufgaben vereinbar sein muss, denen sich Europa gegenübersteht und die insbesondere eine ausgewogene Raumordnungspolitik, die Gleichbehandlung aller Bürger einschließlich der rechtlichen Gleichstellung und der Chancengleichheit von Frauen und Männern, die Qualität und Kontinuität der Dienste für den Verbraucher sowie die Wahrung langfristiger strategischer Interessen betreffen.“⁹⁸⁵

Auf gleicher Linie liegt die Mitteilung der Europäischen Kommission über die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom September 1996, in der sie es als vordringliches Ziel der Gemeinschaft bezeichnet,

„die europäische Wirtschaft gegenüber dem zunehmend schärferen Wettbewerb in der Welt [zu] stärken und dem Verbraucher ein breiteres Angebot, höhere Qualität und angemessene Preise [zu] garantieren. [...] Die Leistungen der Daseinsvorsorge, die hier eine zentrale Rolle spielen, sind für den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt sowie die ökonomische Effizienz entscheidend. Die Gemeinschaft ermöglicht es, dass der hinter diesen Leistungen stehende Auftrag erfüllt und gleichzeitig deren Effizienz gewährleistet ist.“⁹⁸⁶

Es geht also um die Frage, welches der notwendige Beitrag der Europäischen Gemeinschaft als politisch-administratives System ist, durch den die Selbstregulierung in die Richtung politisch gesetzter Ziele beeinflusst werden kann.

b) Vom Leistungs- zum Regulierungsstaat

Es ist bereits in Teil 3⁹⁸⁷ dieser Arbeit ausgeführt worden, dass sich in der sozial- und rechtswissenschaftlichen Diskussion inzwischen die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass das klassische liberale Konzept vom Dualismus von Staat und Gesellschaft im Zeitalter der modernen Industriegesellschaft und Globalisierung überholt ist. Der Staat wird heute vielmehr als Teilsystem des gesellschaftlichen Gesamtsystems begriffen, dem eine besondere Ordnungs- und Steuerungsfunktion zukommt. Das Modell einer staatlichen Leistungsverwaltung mit exklusiven Rechten wird durch neue institutionelle Arrangements ersetzt, in denen der Staat seine Leistungspflichten reduziert und ökonomisiert sowie privaten Trägern durch Deregulierung und Liberalisierung Freiräume schafft.⁹⁸⁸ Diese Erkenntnis wird mit dem Übergang vom Leistungs- zum Steuerungs- oder Regulierungsstaat zutreffend auf den Punkt gebracht.⁹⁸⁹ Unter diesem Blickwinkel stellen sich Liberalisierung, Deregulierung und Privatisierung keineswegs als ein einfacher Rückzug des Staates sondern nur als eine Veränderung der Form staatlicher Aufgabenwahrnehmung dar.⁹⁹⁰

⁹⁸⁵ Tagung des Europäischen Rates in Cannes, 26.-27.06.1995, *Schlußfolgerungen des Vorsitizes*, SN 211/95, Ziff. A. I. 1.7.

⁹⁸⁶ Europäische Kommission, *Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, KOM (96) 443 endg., ABl. EG 1996 Nr. C 281/03, Rd. 57.

⁹⁸⁷ Vgl. oben Teil 3, II.2.e)cc)(2).

⁹⁸⁸ Grande, E., *Entlastung des Staates durch Liberalisierung und Privatisierung?*, in: Voigt, R. (Hrsg.), *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, 1997, S. 371 (388 f.).

⁹⁸⁹ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 153 m.w.N.

⁹⁹⁰ Benz, A., *Privatisierung und Deregulierung – Abbau von Staatsaufgaben?*, Verw 1995, S. 337 (353 ff.); Bauer, H., *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, VVdStRL 1995, S. 243 (277 ff.).

c) Fortgang der Untersuchung

In Teil 1 dieser Arbeit ist bereits untersucht worden, aus welchen Gründen eine staatliche Steuerung und Kontrolle von bestimmten Wirtschaftssektoren überhaupt gefragt war oder ist und wie diese Verantwortung auf nationaler Ebene wahrgenommen wird. In Teil 2 und 3 ist versucht worden, die Frage zu beantworten, welches Maß an Intensität des staatlichen Einflusses und welche Instrumente für die Wahrnehmung der Verantwortung angezeigt sind, wobei diese Frage mit Hilfe vorgefundener Regelungsmodelle, ihrer analytischen Durchdringung und Systematisierung und der Suche nach normativen Vorgaben durch höherrangiges Europäisches Gemeinschaftsrecht beantwortet werden konnte.

Insgesamt belegen die vorstehenden juristischen und ökonomischen Untersuchungen die Tendenz einer „Hochzoning regulativer Politik im Mehr-Ebenen-System der Entscheidungsfindung“⁹⁹¹ auf die supranationale Ebene des europäischen Gemeinschaftsrechts. Vor diesem Hintergrund soll im folgenden nun untersucht werden, auf welche Weise Gemeinwohlanliegen in Form der Gewährleistung einer infrastrukturellen Grundversorgung der Unionsbürger mit bestimmten Netzen und Diensten und die Grundsätze ihrer Wahrnehmung im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht Eingang gefunden haben.

III. Europäische Infrastrukturverantwortung

1. Europäische Infrastrukturverantwortung als Gewährleistungsverantwortung

a) Entwicklung

Die in Teil 1 dieser Arbeit dargestellte Basisfunktion von Infrastrukturen hat seit jeher dazu geführt, dem Staat die Rolle eines Garanten „für einen ausreichenden Standard an infrastruktureller Grundversorgung“⁹⁹² hinsichtlich bestimmter Netze und Dienste zuzuweisen. Der Stellenwert europäischer Infrastrukturen und europäischer Regulierung im Rahmen des Binnenmarktkonzepts rückte allerdings erst Ende der achtziger Jahre, als die vorhandenen nationalen Infrastrukturen an ihre erkennbaren Kapazitätsgrenzen stießen und durch den EuGH eine Kehrtwende hinsichtlich der Zulässigkeit (national)staatlicher Regulierung mit den EG-Vertragsregeln einsetzte, in das Blickfeld der Gemeinschaftsorgane.⁹⁹³ Seitdem hat sich zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt, dass neben der Beseitigung von Handelshemmnissen in dem Vorhandensein und Funktionieren adäquater transeuropäischer Infrastrukturen eine entscheidende Bedingung für die wirtschaftliche und soziale Integration (cohésion) der Europäischen Gemeinschaft liegt.

⁹⁹¹ So König/Theobald, *Liberalisierung und Regulierung netzgebundener Güter und Dienste*, in: Grupp/Ronellenfisch (Hrsg.), *Planung, Recht, Rechtsschutz*, 1999, S. 277 (307).

⁹⁹² Osterloh, L., *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, VVdStRL 1995, S. 204 (208).

⁹⁹³ Vgl. hierzu Schmidhuber/Hitzler, *Die Planungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft beim Ausbau der europäischen Infrastrukturen*, DÖV 1991, S. 271 (277); Europäische Kommission, *Auf dem Weg zu einer europäischen Infrastruktur – ein gemeinschaftliches Aktionsprogramm*, KOM (1990) 585 endg. vom 10.12.1990.

b) Normative Grundlage der europäischen Infrastrukturverantwortung

Versteht man die Infrastruktur- und Gemeinwohlverantwortung als wesentliches Element, um die Bildung sozialer, wirtschaftlicher und politischer Einheit zu gewährleisten, wird hieraus deutlich, dass auf europäischer Ebene die Infrastrukturverantwortung ihre normative Grundlage in der Aufgabe der Gemeinschaft findet, einen Gemeinsamen Markt zu errichten und dadurch den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt innerhalb der Gemeinschaft zu fördern und den Binnenmarkt als einen Raum ohne Binnengrenzen zu verwirklichen.⁹⁹⁴ Unabhängig davon, wie man das genaue Verhältnis zwischen dem Ziel des Gemeinsamen Marktes und dem Binnenmarktziel bestimmt, ist es das Hauptanliegen beider Konzepte, die europäische Integration durch „die grenzüberschreitende Funktionsfähigkeit der wirtschaftlichen Privatinitiative und Privatautonomie gegenüber staatlichen Steuerungsmaßnahmen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs zu garantieren.“⁹⁹⁵ Die Kohärenz durch Binnenmarktverflechtung wird durch die Infrastrukturpolitik der Europäischen Gemeinschaft als Begleitpolitik zur Marktintegration gestärkt.⁹⁹⁶

2. Standort der Infrastrukturverantwortung im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht

a) Europäische Netzverantwortung

Der erste wichtige Teilbereich der allgemeinen europäischen Infrastrukturverantwortung betrifft die flächendeckende Bereitstellung und den Betrieb von transeuropäischen Netzen. Unter Netzen versteht man alle diejenigen Einrichtungen und Anlagen, die Raum in Anspruch nehmen, dabei aufgrund ihres Zusammenhanges mit der gesamten Einrichtungs- und Anlagenstruktur an bestimmte Standorte gebunden sind und deshalb öffentliche oder private Flächen notfalls zwangsweise in Anspruch nehmen müssen.⁹⁹⁷ Da es sich bei Netzinfrastrukturen regelmäßig um natürliche Monopole handelt, begründet das aus dieser Eigenschaft resultierende Marktversagen eine Vermutung für einen besonderen Regulierungsbedarf.⁹⁹⁸ Über Art. 154-156 EGV ist der Europäischen Gemeinschaft seit dem Vertrag von Maastricht (EUV) 1992 die Aufgabe zugewiesen worden, zum Aufbau und Ausbau transeuropäischer Netze für Verkehr⁹⁹⁹, Telekommunikation¹⁰⁰⁰ und Energie¹⁰⁰¹

⁹⁹⁴ Art. 2 und 14 EGV. Zu den Verfassungszielen der Gemeinschaft vgl. Müller-Graff, P.-C., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht*, 1999, Band 1, A. I., Rd. 112 ff.

⁹⁹⁵ Müller-Graff, P.-C., in: ders./Zuleeg (Hrsg.), *Staat und Wirtschaft in der EG*, 1987, S. 27 ff.

⁹⁹⁶ Müller-Graff, P.-C., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht*, 1999, Band 1, A. I., Rd. 136.

⁹⁹⁷ Definition nach Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 331.

⁹⁹⁸ Vgl. hierzu König/Theobald, *Liberalisierung und Regulierung netzgebundener Güter und Dienste*, in: Grupp/Ronellenfisch (Hrsg.), *Planung-Recht-Rechtsschutz*, 1999, S. 277 (280 f., m.w.N.)

⁹⁹⁹ Die transnationalen Verkehrsnetze umfassen Verkehrsinfrastrukturen sowie Verkehrsmanagement-, Ortungs- und Navigationssysteme. Verkehrsinfrastrukturen sind z.B. Straßen-, Eisenbahn- und Binnenwasserstraßennetze, See- und Binnenhäfen, Flughäfen und andere Verkehrsknotenpunkte, vgl. Ukrow, J., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 154 EGV m.w.N.

¹⁰⁰⁰ Bei Telekommunikationsnetzen ist insbesondere an die bestehenden Telefonnetze (Fest- und Mobilfunknetze) sowie an die Errichtung neuer Satelliten-, Funk- und Kabelnetze (z.B. ISDN) zu denken.

¹⁰⁰¹ Gemeint sind transnationale Elektrizitäts- und Erdgasnetze sowie Netze zum Transport von flüssigen Brennstoffen; vgl. hierzu Europäische Kommission, *Infrastruktur für das 21. Jahrhundert: Transeuropäische Netze für Verkehr und Energie*, 1997.

beizutragen.¹⁰⁰² Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu „Wachstum, Wettbewerb und Beschäftigung“ bezeichnet es als das Ziel der Schaffung transeuropäischer Netze, „den Bürgern, den Wirtschaftsbeteiligten sowie den regionalen und lokalen Gebietskörperschaften in vollem Umfang die Vorteile zugute kommen zu lassen, die sich aus der Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen ergeben, wobei gleichzeitig die Randgebiete wirksam mit dem Zentrum verbunden werden.“¹⁰⁰³ Auf supranationaler Ebene sind hierbei insbesondere der Verbund, die Interoperabilität und der Zugang zu den Netzen zu fördern.¹⁰⁰⁴ Die Mittel dieser Politik sind Leitlinien für Vorhaben von gemeinsamem Interesse, die technische Harmonisierung von Normen, unterstützende Finanzierungen und schließlich die Koordinierung der einzelstaatlichen Politiken.¹⁰⁰⁵ Die Leistungen oder Dienste, die auf den Netzen erbracht werden, werden nicht nach den Art. 154 bis 156 EGV, sondern nach den jeweils für die Bereiche des Verkehrs, der Telekommunikation und Energie geltenden Regeln behandelt.

b) Verantwortung für Dienste

Den zweiten wichtigen Teilbereich europäischer Infrastrukturverantwortung als Gewährleistungsverantwortung bildet die Sicherung der allgemeinen Zugangsmöglichkeit für jeden Interessierten zu den auf dem Netz angebotenen Transport- und Vermittlungsdiensten. Diese Verantwortung beinhaltet die Pflicht, darüber zu entscheiden, welcher Dienst als so wichtig angesehen wird, dass die Versorgung aller als unabdingbar angesehen wird und welche qualitativen Anforderungen an diesen Dienst zu stellen sind.¹⁰⁰⁶

aa) Primäres Gemeinschaftsrecht

Was die normativen Grundstrukturen angeht, mit deren Hilfe sichergestellt werden kann, dass Infrastrukturdienste jedermann offenstehen, stehen sich auf der Ebene des primären Gemeinschaftsrechts auf der einen Seite die Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln und auf der anderen Seite die Anerkennung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art. 86 Abs. 2 EGV gegenüber. Während erstere auf ein umfassendes Dienstangebot nach Wettbewerbsgrundsätzen zielen, erlaubt Art. 86 Abs. 2 EGV zur Erfüllung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse die Verleihung etwaiger mit den Binnenmarktregeln konfligierender Sonderrechte, solange dadurch die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaße beeinträchtigt wird, das dem

¹⁰⁰² Vgl. hierzu sektorübergreifend Karl, H., *Transeuropäische Netze: Die infrastrukturpolitischen Aufgaben der EU*, 1997; Kohlstedt, A., *Transeuropäische Netze für die Informationsgesellschaft: Die europäische Infrastruktur- und Wachstumsinitiative im Weissbuch der EU-Kommission*, 1996; Zippel, W., *Transeuropäische Netze*, 1996; Gruppe der Persönlichen Beauftragten der Staats- und Regierungschefs, *Transeuropäische Netze: Bericht*, 1995; Europäische Kommission, *Transeuropäische Netze: Auf dem Weg zu einem Leitschema für das Strassennetz und den Strassenverkehr ; Bericht der Arbeitsgruppe "Autobahnen"*, 1994.

¹⁰⁰³ Europäische Kommission, *Wachstum, Wettbewerb, Beschäftigung*, 1993, S. 82.

¹⁰⁰⁴ König/Theobald, *Liberalisierung und Regulierung netzgebundener Güter und Dienste*, in: Grupp/Ronellenfisch (Hrsg.), *Planung-Recht-Rechtsschutz*, 1999, S. 277 (284).

¹⁰⁰⁵ Hierzu Oppermann, T., *Europarecht*, 1999, S. 612 ff.

¹⁰⁰⁶ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 349.

Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.¹⁰⁰⁷ Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Bestimmung des Art. 73 EGV, nach dem prinzipiell nach Art. 87 EGV verbotene Beihilfen ausnahmsweise mit dem EG-Vertrag vereinbar sind, sofern sie den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.¹⁰⁰⁸

bb) Sekundäres Gemeinschaftsrecht

In den maßgeblich durch europäisches Gemeinschaftsrecht liberalisierten Wirtschaftssektoren beschränkt sich mit dem Wegfall der Monopole die europäische Regulierungsaufgabe im wesentlichen darauf, sektorspezifisch die Gewährleistung eines Universaldienstes für jedermann dort sicherzustellen, wo sich nach den Marktmechanismen Defizite herausstellen. Wo früher ein natürliches Monopol im öffentlichen Auftrag und mit öffentlichen Geldern flächendeckend für Basisdienste sorgte, treten nunmehr in Wettbewerb stehende private Unternehmen an, um Netze und Dienste in liberalisierten Bereichen wie zum Beispiel der Telekommunikation, Energie und Post bereitzustellen. Deregulierung und Liberalisierung bringen in ökonomischer Hinsicht zwar regelmäßig Vorteile wie Produktivitätssteigerungen oder niedrigere Preise mit sich, können aber auch bedenkenswerte Lücken gegenüber der alten Konzeption aufweisen. Ein Beispiel ist die flächendeckende Versorgung aller Bürger und Unternehmen mit einer Telekommunikationsinfrastruktur, die früher selbstverständlich im staatlichen Auftrag des natürlichen Monopols enthalten war. Kein Privatunternehmen wird eine solche Versorgung freiwillig sicherstellen, da es Regionen gibt, deren Versorgung relativ zu den zu erwartenden Einnahmen zu teuer ist und die Versorgung bestimmter Nutzer oder Nutzergruppen (z.B. Senioren oder Studenten) keinen Profit oder gar finanziellen Verlust bedeutet.¹⁰⁰⁹ Dieses Problem wird unter dem Begriff Universaldienst diskutiert.¹⁰¹⁰ Die Festlegung eines sektorspezifischen „universellen Dienstes“ soll „allen Benutzern den Zugang zu einem festgelegten Minimaldienst mit einer spezifizierten Qualität zu einem erschwinglichen Preis, basierend auf den Grundsätzen der Allgemeinheit, Gleichheit und Kontinuität“¹⁰¹¹, gewährleisten. Der so erstmals 1992 von der Europäischen Kommission formulierte Begriff des Universaldienstes wurde in Entschlüssen des Europäischen Parlaments und des Rates weiterentwickelt und

¹⁰⁰⁷ Vgl. hierzu ausführlich oben Teil 3.

¹⁰⁰⁸ Vgl. hierzu ausführlich oben Teil 2.

¹⁰⁰⁹ Gleiches gilt für den Postbereich, für den die Europäische Kommission in ihrem *Grünbuch über die Entwicklung des Binnenmarktes für Postdienste* 1992 unter Punkt 6.1. der Zusammenfassung feststellte: „Der Normalzustand ist ein freier Markt. Eine vollständige Liberalisierung des Postsektors würde allerdings auf Kosten des Universaldienstes gehen, vor allem auf Kosten der für jedermann tragbaren Gebühren. [...] Sicher ist wohl kein Privatbetreiber daran interessiert, einen flächendeckenden Standardbriefdienst in einem Mitgliedstaat anzubieten.“ Vgl. Europäische Kommission, *Grünbuch über die Entwicklung des Binnenmarktes für Postdienste*, KOM (91) 476 endg., S. 6; hierzu ausführlich Basedow, J., *Ansätze zur europäischen Regulierung der Postdienste*, EuZW 1996, S. 143 (144).

¹⁰¹⁰ Vgl. hierzu schon oben in Teil 3 (3.); zur Problematik der Gewährleistung einer Grundversorgung durch Private Cox, H., *Die Gewährleistung öffentlicher Dienstleistungen durch Regulierung im sog. Eigeninteresse oder durch öffentliches Eigentum?*, 1999.

¹⁰¹¹ Europäische Kommission, *Grünbuch über die Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastruktur und der Kabelfernsehnetze* (Teil 2): *Ein gemeinsames Konzept zur Bereitstellung einer Infrastruktur für Telekommunikation in der Europäischen Union*, KOM (94) 682 endg.

inzwischen in den einzelnen liberalisierten Wirtschaftssektoren durch Richtlinien umgesetzt.¹⁰¹²

Was die Frage der Definition der Universaldienste im allgemeinen und des Mindeststandards der universellen Dienste im besonderen angeht, so handelt es sich strukturparallel zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV um eine politische Wertentscheidung der Europäischen Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten.¹⁰¹³ Der Universaldienst ist daher ein flexibler Begriff, der sich aufgrund seiner Funktion schrittweise entsprechend den strukturellen und technischen Merkmalen sowie den Bedürfnissen des jeweiligen Wirtschaftssektors mit Inhalt füllt und dem steten Wandel der Technik, des Gemeinwohlaufrags und der Nutzerbedürfnisse unterworfen ist.¹⁰¹⁴

(1) Telekommunikation

So wird zum Beispiel im Hinblick auf die Liberalisierung des europäischen Telekommunikationsmarktes zum 01.01.1998 der Umfang des Universaldienstes in der „Sprachtelefonrichtlinie“¹⁰¹⁵ festgelegt. Gemäß Kapitel II dieser Richtlinie muss in den Ländern der Europäischen Union sichergestellt werden, dass Netzverbindung und Zugang zum Telefondienst, Auskunft über Rufnummern, öffentliche Telefonzellen, spezielle Maßnahmen für behinderte Nutzer und Nutzer mit speziellen Bedürfnissen sichergestellt ist und dass jeder Nutzer, der eine Verbindung zum Telefonnetz hat, Handvermittlung, Rufnummernauskunft und kostenlose Notrufdienste in Anspruch nehmen kann. Sofern die entsprechenden Dienste nicht freiwillig bereitgestellt werden, können die jeweiligen Nettokosten für die Bereitstellung der Dienste kompensiert werden. Eine derartige

¹⁰¹² Einen guten Überblick über die verschiedenen Universaldienstleistungsverpflichtungen in den liberalisierten Sektoren der Telekommunikation, Energie, Verkehr und Post gibt van Miert, K., *Wettbewerbspolitik, Liberalisierung und Privatisierung*, FIW 1999, S. 5 ff.

¹⁰¹³ Instruktiv hierzu Cox, H., *Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung*, H.J.W.G. 1996, S. 161 (180): „Entschieden werden muss vor allem die Frage nach der Definition der konkreten Universaldienste, die europa- oder landesweit als „Minimaldienste“ bzw. „Grundversorgung“ angesehen werden sollen, die Frage nach dem bedarfswirtschaftlichen Preis der universellen Dienste, der „tragfähig“, „erschwinglich“ bzw. „angemessen“ sein für die Allgemeinheit sein soll, und schließlich die Frage nach der Finanzierung eines (möglicherweise partiell) nicht kostendeckenden Universaldienstes, für den sich unterschiedliche preis- und damit auch finanzierungspolitische Möglichkeiten anbieten.“; vgl. auch ders., *Europäischer Binnenmarkt und Telekommunikations- und Postreform in Deutschland*, in: ders. (Hrsg.), *Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union*, 1996, Band 2, S. 83 (102 ff.).

¹⁰¹⁴ Vgl. Eifert, M., *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, 1998; Windthorst, K., *Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation*, 2000; Nett/Neu, *Die Gewährleistung eines Universaldienstes und die Bestimmung der Universaldienstkosten bei Wettbewerb im Telekommunikationsbereich*, ZögU 1999, S. 134 (137 ff.); Pohl M., *Universaldienst in der Telekommunikation*, 1998; Schütz/Cornils, *Universaldienst und Telekommunikation*, DVBl. 1997, S. 1146 ff.; Gabrisch, C., *Universaldienst in Deutschland: Neukonzeption für einen liberalisierten Telekommunikationsmarkt*, 1996; Elsenbast, W., *Universaldienst unter Wettbewerb: ökonomische Analyse neuer regulierungspolitischer Ansätze zur Sicherstellung der postalischen Infrastrukturversorgung*, 1999; Haibach, G., *Services of general interest in the EU*, 1999; Badura, P., *Wettbewerbsaufsicht und Infrastrukturgewährleistung durch Regulierung im Bereich der Post und der Telekommunikation*, in: Hübner/Großfeld (Hrsg.), *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, 1999, S. 35 ff.

¹⁰¹⁵ Sog. „Voice Telephony Directive“, Richtlinie 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.1995 zur Erlangung eines offenen Netzzugangs zum Sprachtelefondienst (ONP).

Notwendigkeit wird insbesondere für Netzverbindung und Zugang zum Telefondienst, Auskunft über Rufnummern und öffentliche Telefonzellen gesehen. Die anderen Dienste dürften im Wettbewerb bereitgestellt werden und daher keiner Kompensation bedürfen.

(2) Postsektor

Auf dem Postsektor definiert die vom Europäischen Parlament und Rat am 15.12.1997 erlassene EG-Postrichtlinie¹⁰¹⁶ in Art. 3 der Richtlinie den Universaldienst als einen Dienst,

„der flächendeckend ein qualitativ hochwertiges Dienstleistungsangebot zu tragbaren Preisen für alle Benutzer bietet. Zu diesem Zweck sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die Dichte der Zugangs- und Abholungspunkte den Anforderungen der Benutzer entspricht. Sie wachen darüber, dass der oder die Anbieter des Universaldienstes an allen Werktagen, mindestens aber an fünf Tagen pro Woche, vorbehaltlich besonderer Umstände oder außergewöhnlicher geographischer Gegebenheiten, mindestens folgende Leistungen gewährleisten: Eine Abholung von den Abholpunkten, eine Zustellung am Wohnort oder Geschäftssitz jeder natürlichen oder juristischen Person.“

Darüber hinaus legt Art. 12 der Richtlinie fest, dass die Preise erschwinglich, transparent, nichtdiskriminierend und kostenorientiert sein müssen, wobei aber die Tarifeinheit im gesamten Hoheitsgebiet ausdrücklich erlaubt wird. Um die Finanzierung des Universaldienstes zu gewährleisten, kann den Anbietern dieses Dienstes gemäß Art. 7 der Richtlinie ein bestimmter Bereich vorbehalten werden. Mit dieser Vorschrift gibt die Europäische Gemeinschaft den Mitgliedstaaten die Möglichkeit der internen Subventionierung defizitärer Postdienste aus Gewinnen, die aufgrund der monopolisierten Alleinrechte erzielt werden. Über diese Regulierungsmöglichkeiten hinaus sollen künftig die Mitgliedstaaten auch die Qualität der Universaldienste kontrollieren, wozu Qualitätsnormen hinsichtlich Laufzeiten, Regelmäßigkeit und Zuverlässigkeit der Dienste zu entwickeln sind.

(3) Gemeinsame Charakteristika

Gemeinsam ist allen Universaldienstregelungen, dass die europäischen Vorgaben lediglich Mindeststandards darstellen und nur den Ausgangspunkt für die jeweiligen nationalen Festsetzungen hinsichtlich des Umfangs des Universaldienstes bilden.¹⁰¹⁷ Ein Vergleich mit den nationalstaatlichen Konzepten der Daseinsvorsorge, dem *service public* oder dem

¹⁰¹⁶ Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. EG 1997 Nr. L 15/14.

¹⁰¹⁷ So hat im Bereich der Postdienste der deutsche Gesetzgeber durch die Post-Universaldienstverordnung (BGBl. I 1999, S. 2418 ff.) die Mindestqualität der Universaldienstleistungen einschließlich der Qualitätsmerkmale für das Annahme- und Zustellnetz und für die Brieflaufzeiten sowie die Maßstäbe für die Bestimmung des Preises einer Universaldienstleistung festgesetzt; vgl. zur PUDV Ritgen, K., *Die Post-Universaldienstleistungsverordnung*, NJW 2000, S. 1315 ff.

Im Bereich der Telekommunikation hat der deutsche Gesetzgeber in § 17 des deutschen Telekommunikationsgesetzes (TKG, BGBl. I 1996, S. 1120 ff.) geregelt, was eine Universaldienstleistung als ein „Mindestangebot an Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, für die eine bestimmte Qualität festgelegt ist und zu denen alle Nutzer unabhängig von ihrem Wohn- oder Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen.“ Welche Dienste nach derzeitiger Auffassung des Gesetzgebers Universaldienstleistungen darstellen, ist in der Telekommunikations-Universaldienstverordnung (BGBl. I 1997, S. 141) festgehalten; hierzu instruktiv Adler, M., *Universaldienstleistungen nach dem TKG*, 2000.

europäischen Konzept der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zeigt zudem, dass gegenüber diesen Modellen der Anwendungsbereich von Universaldienstleistungen wesentlich enger ist.¹⁰¹⁸ Da der Zweck von Universaldienstleistungen allein im Verbraucherschutz liegt, werden durch ihn regelmäßig nur die nichtkommerziellen Nutzer der für die Öffentlichkeit bestimmten Dienste im Bereich der Telekommunikation, des Verkehrs, der Post oder der Energie begünstigt.

Die wohl zur Zeit strittigsten Fragen in der Diskussion über Universaldienste kreisen um das Problem der Finanzierung defizitärer Universaldienstleistungen. Hier stehen mehrere Möglichkeiten offen.¹⁰¹⁹ Zunächst ist die interne Querfinanzierung defizitärer Leistungsbereiche durch gewinnerzielende Leistungsbereiche zu nennen, die zum Beispiel das Universaldienstleistungskonzept der Europäischen Kommission für die Postdienste vorsieht (Stichwort Briefmonopol). Wenn allerdings mit zunehmender Liberalisierung in Zukunft Monopole beseitigt werden, aus deren Gewinnen bisher defizitäre öffentliche Dienste intern finanziert worden sind, so verbleiben aus wettbewerbs- und ordnungstheoretischen Gründen nur zwei Möglichkeiten: Entweder wählt man eine externe Finanzierung defizitärer Universaldienstleistungen durch den Staatshaushalt oder durch einen außerbudgetären Finanzierungsfond, oder man erhebt eine spezifische Zugangsgebühr, die zusätzlich zu der Interkonnektionsgebühr vom Nichtpflichtanbieter an das Netzunternehmen, das zu Universaldiensten verpflichtet ist, zu entrichten ist. Das gegenwärtige Universaldienstleistungskonzept der Europäischen Kommission und das Telekommunikationsgesetz in Deutschland präferieren in vollständig liberalisierten Märkten die Finanzierungsfondslösung. Allerdings ist dieser Weg in der kritischen Diskussion nicht unumstritten.¹⁰²⁰ Die Streitfrage soll an dieser Stelle jedoch nicht weiter vertieft werden, da die zur Lösung notwendige wohlfahrtsökonomische Analyse der verschiedenen Finanzierungsmodelle im Hinblick auf das Untersuchungsziel dieser Arbeit unerheblich ist.

c) Sonstige öffentliche Interessen

Der dritte Teilbereich der Infrastrukturverantwortung betrifft schließlich die gemeinwohlorientierten Interessen, die durch die Errichtung, den Betrieb oder die Funktionsweise von Infrastrukturen typischerweise berührt werden, wie zum Beispiel der Schutz der Umwelt, Versorgungssicherheit, Raumordnung oder die Verpflichtung zum Schutz

¹⁰¹⁸ Zustimmend Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, 1997, S. 635 (646 m.w.N.), der darauf hinweist, dass z.B. in Frankreich das Konzept des service public auch industriepolitische Funktionen hat.

¹⁰¹⁹ Die folgende Übersicht liegt die Analyse von Cox, H., *Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung*, H.J.W.G. 1996, S. 161 (181 ff.) zugrunde.

¹⁰²⁰ Zu den verschiedenen Finanzierungsmodellen des Universaldienstes siehe Nett, L., *Ein wohlfahrtsökonomischer Vergleich zweier institutioneller Arrangements zur Gewährleistung eines Universaldienstes*, ZöGU 1999, S. 332 ff.; Cox, H., *Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung*, H.J.W.G. 1996, S. 161 (182 ff.); Nett/Neu, *Die Gewährleistung eines Universaldienstes und die Bestimmung der Universaldienstkosten bei Wettbewerb im Telekommunikationsbereich*, ZöGU 1999, S. 134; dieselben, *Bestimmung der Kosten des Universaldienstes*, 1998; Blankart/Knieps, *Grenzen der Deregulierung im Telekommunikationsbereich? Die Frage des Netzwettbewerbs*, in: Seidenfus, H. (Hrsg.), *Deregulierung, eine Herausforderung an die Wirtschafts- und Sozialpolitik in der Marktwirtschaft*, 1989, S. 163 ff.

der Grundrechte des Einzelnen. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die öffentlichen Interessen bei den verschiedenen Infrastrukturen sehr unterschiedlich sind, so dass sich hier kaum allgemeine Regeln und rechtliche Strukturen ausmachen lassen, die allen Sektoren gemeinsam sind.¹⁰²¹ So steht zum Beispiel im Telekommunikationsbereich die Vertraulichkeit individueller Kommunikation und der Datenschutz im Vordergrund, während im Energie- und Verkehrsbereich Umweltschutz und Ressourcenschonung von größter Wichtigkeit sind. Es bleibt aber festzuhalten, dass es auch auf der europäischen Ebene zur Wahrung sonstiger öffentlicher Interessen einer infrastrukturtypischen Steuerung (Netz- und Dienstverantwortung) bedarf, die durch positiv-gestaltende Eingriffe in den Marktprozess durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaft, vor allem aufgrund der Rechtsgrundlage des Art. 86 Abs. 3 EGV¹⁰²², sichergestellt wird.¹⁰²³

Daneben sind durch die Einheitliche Europäische Akte und den EU-Vertrag neue normgefaßte Zielbestimmungen in den EG-Vertrag eingefügt worden, die – ohne im einzelnen auf das Konzept der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder des Universaldienstes Bezug zu nehmen – zu den üblichen Rechtfertigungsgründen für diese Konzepte gehören. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang neben den Vorschriften über den Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze insbesondere die Vorschriften über den Verbraucherschutz¹⁰²⁴, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt¹⁰²⁵ sowie die Vorschriften über den Schutz der Umwelt¹⁰²⁶. Die Vorschriften in diesen Normkomplexen sollen dem Verlust von Sicherheit entgegenwirken, der durch die Liberalisierung von Märkten auf Druck des Europäischen Binnenmarktrechts entsteht. *Roth* spricht in diesem Sinne zugunsten der nach Art. 153 Abs. 1 EGV zu schützenden Verbraucherinteressen vom Schutz berechtigter Erwartungen.¹⁰²⁷ Die Verklammerung der wettbewerblichen Steuerung mit diesem Schutz bewirkt aber eine Einschränkung des Prinzips der marktwirtschaftlichen Selbststeuerung.¹⁰²⁸ *Dehousse* hat deshalb in seiner Kritik am Amsterdamer Vertrag die „volonté de dépasser la logique du marché“¹⁰²⁹ hervorgehoben und als Beispiele gerade den Verbraucher- und Gesundheitsschutz genannt. *Mussler* schreibt mit Blick auf Art. 95 EGV, schon die Einheitliche Europäische Akte habe eine „Verschiebung des Kräfteverhältnisses zugunsten EG-weiter Regulierung bei gleichzeitiger Wahrung von Interessen hochregulierter Mitgliedstaaten gebracht.“¹⁰³⁰ Auch wenn man diese Verschiebung nur als „unvermeidbare

¹⁰²¹ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 396.

¹⁰²² Aber auch z.B. Art. 95 oder Art. 153 EGV.

¹⁰²³ Hermes, G., *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 397 nennt im Verkehrssektor als wichtigstes Beispiel einer umweltpolitischen Steuerung durch Ausübung von Netzverantwortung die politische Entscheidung über das Verhältnis von Schiene und Straße oder von Schiene und Flughäfen, da der staatliche Planungsentscheid über den jeweiligen Umfang des Netz- und Dienstausbaus der entscheidende Faktor für die Verteilung des Verkehrsaufkommens und damit für ein umweltgerechtes Mobilitätssystem ist.

¹⁰²⁴ Vgl. Titel XIV, Art. 153 EGV; vgl. hierzu Rott/Butters, *Öffentliche Dienstleistungen und Vertragsgerechtigkeit im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, VuR 1999, S. 75 ff. und 107 ff.

¹⁰²⁵ Vgl. Titel XVII, Art. 158-162 EGV.

¹⁰²⁶ Vgl. Titel XIX, Art. 174-176 EGV.

¹⁰²⁷ Roth, W.-H., *Berechtigte Verbrauchererwartungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, S. 54 ff.

¹⁰²⁸ Ebenso Steindorff, E., *Markt und hoheitliche Verantwortung in der EG*, ZHR 2000, 223 (248).

¹⁰²⁹ Dehousse, F., *Editorial: Le Traité d'Amsterdam, Reflet de la nouvelle Europe*, CDE 1997, S. 264 (267).

¹⁰³⁰ Mussler, W., *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel*, 1998, S. 140.

Kehrseite der Freiheitsmedaille¹⁰³¹ ansieht, so vermehrt die Europäische Gemeinschaft doch ihre Steuerung.

3. Ergebnis

Versucht man sektorübergreifende Gemeinsamkeiten der Regeln über den Zugang zu Netzen und die Erbringung von Diensten zu finden, so zeigt sich, dass bei aller sektorspezifischen Unterschiedlichkeit Kontinuität, Gleichheit, Effizienz, Qualität, Anpassungsfähigkeit und Transparenz die Kernelemente¹⁰³² der europäischen Gewährleistungsverantwortung für Netze und Dienste darstellen. Bei der Ausübung dieser Gewährleistungsverantwortung tragen die Gemeinschaftsorgane auch dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung, das im Hinblick auf die europäische Infrastrukturpolitik ganz überwiegend unter dem Gesichtspunkt der Begrenzung gemeinschaftlicher Kompetenzen diskutiert wird.¹⁰³³ Aus Gründen der Legitimität und Effizienz wird die Zuständigkeit für die Formulierung der Aufgaben von allgemeinem Interesse und der Gestaltung entsprechender Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (bzw. Universaldienste) auf diejenige institutionelle Ebene verlagert, die den Bedingungen, die diese Dienstleistungen zum Gegenstand haben, am nächsten ist. Dies kann je nach Einzelfall entweder die lokale, regionale, nationale oder europäische Ebene sein.

Daneben ist von den Gemeinschaftsorganen bei positiv-gestaltenden Eingriffen in den Marktprozess auch das für die Verwirklichung der Vertragsziele in Art. 5 Abs. 3 EGV lozierte Erforderlichkeitsprinzip zu beachten. Art. 5 Abs. 3 EGV steht in systematischem Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 EGV und seinem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung: Die EG darf nur tätig werden, wo ihr dies der EG-Vertrag im einzelnen gestattet, und auch hier nur, soweit dies für seine Ziele erforderlich ist. Im Umkehrschluß bedeutet dies, dass die Organe der EG nicht nur zum Handeln berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, wenn Ziele und Aufgaben dies verlangen. Positiv-gestaltende Eingriffe der EG auf dem Gebiet der Infrastrukturverantwortung dürfen zwar das Regime von Markt und Wettbewerb einschränken und ergänzen, aber nur im Rahmen des für die Verwirklichung der Vertragsziele Erforderlichen. Nur so läßt sich die Forderung nach Markt- und Wettbewerbswirtschaft, wie sie der EG-Vertrag unabhängig von seinem Kapitel zur Wettbewerbspolitik enthält, widerspruchsfrei mit den zahlreichen Bestimmungen vereinbaren, die in die markt- und wettbewerbswirtschaftliche Ordnung eingreifen.¹⁰³⁴

Die skizzierten Konfliktlinien zwischen Wirtschaft und Staat, freiem Wettbewerb und Erfüllung öffentlicher Aufgaben einerseits sowie zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten andererseits bedeuten nicht, dass auf europäischer und nationaler

¹⁰³¹ Steindorff, E., *Markt und hoheitliche Verantwortung in der EG*, ZHR 2000, 223 (249).

¹⁰³² Vgl. zu diesen Grundsätzen im einzelnen ausführlich CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 54.

¹⁰³³ Insofern geht es aber nicht um die Kompetenzverteilung, bei der das Subsidiaritätsprinzip nur eine politische Leitlinie sein kann, sondern um die Frage der Kompetenzausübung im Hinblick auf durch den EG-Vertrag bereits verteilte und damit vorgegebene Kompetenzen, vgl. hierzu Constantinesco, V., *Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip für die politische Union*, Integration 1990, S. 165 (173).

¹⁰³⁴ Ebenso Steindorff, E., *Markt und hoheitliche Verantwortung in der EG*, ZHR 2000, 223 (249).

Ebene bei aller Unterschiedlichkeit im Ausgangspunkt¹⁰³⁵ nicht der Wille zur Schaffung eines ausbalancierten Verhältnisses zwischen den konträren Zielsetzungen besteht.¹⁰³⁶ Berücksichtigt man, wie eben geschildert, das Subsidiaritäts- und Erforderlichkeitsprinzip, gibt es keine unüberbrückbaren Gegensätze weder zwischen den Zielen des freien Wettbewerbs und denen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, noch zwischen der Gesamtheit der Wettbewerbsmaßnahmen und den besonderen Mitteln der staatlichen Einflußnahme.

IV. Entstehungsgeschichte und Normanalyse des Art. 16 EGV

1. Ausgangspunkt

Im Zuge der zunehmenden Liberalisierung netzgebundener Wirtschaftssektoren und der Diskussion um den Um- und Ausbau der Europäischen Union geriet Mitte der neunziger Jahre und insbesondere 1996 auf der in Turin¹⁰³⁷ eröffneten, für die Entscheidungsfindung aber auf Juni 1997 in Amsterdam terminierten Regierungskonferenz, von deutscher Seite zunächst weitgehend unbeachtet¹⁰³⁸, die europäische Infrastrukturpolitik in den Mittelpunkt des Interesses. Aus der Sicht einiger Betrachter, die die europäische Infrastrukturverantwortung in Form einer Gewährleistungsverantwortung für Netze und Dienste nicht als Residuum oder als *quantité négligable* betrachten, sondern ihr eine grundlegende gesellschaftsgestalterische und gesellschaftstragende Funktion beimessen, wurde im Vorfeld der Regierungskonferenz ins Feld geführt, dass der EG-Vertrag von einem Ungleichgewicht zwischen privatem und öffentlichem Interesse sowie zwischen privaten Wettbewerbsgütern und öffentlichen Gütern bestimmt sei.¹⁰³⁹ Andere kritisierten, dass nur bei den Vorschriften über die transeuropäischen Netze von einem wirklich europäischen, supranationalen Regelungsansatz gesprochen werden könne, da sich die Gewährleistungsverantwortung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art. 86 Abs. 2 EGV auf eine Kontrolle der rechtlichen Ausgestaltung beschränke und in liberalisierten Wirtschaftssektoren die regulative Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Universaldienstvorgaben regelmäßig den Mitgliedstaaten überlassen bleibe. Der konzeptionelle Widerspruch zwischen einer am Staatsgebiet orientierten flächendeckenden Versorgung und einem Wirtschaftsraum ohne Binnengrenzen werde auf diese Weise auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene nicht ausreichend thematisiert.

¹⁰³⁵ Prágnant Mallol, F., *La Semaine Juridique*, Edition Générale, Doctrine 3963: „La logique de la construction européenne est d'ordre économique. La philosophie des services publics est d'ordre éthique.“ (zitiert nach Burgi, M., *Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts*, EuR 1997, S. 261 (263)).

¹⁰³⁶ Zustimmend José Luis Buendia Sierra: „La politique de la Commission est une politique consensuelle, résultat du dialogue entre sensibilités politiques et même culturelles différentes.“ (Beitrag auf dem von CEDECE, IRENE und IUF in Strasbourg am 17.10.1996 veranstalteten Kolloquium *Service public et Communauté européenne: Entre l'intérêt général et le marché*, veröffentlicht unter www.europa.eu.int/comm/dg04/speech/six/fr/sp96061.htm (27.10.1999).

¹⁰³⁷ Vgl. Bulletin-EU 3/1996, S. 9 ff. und 13 f.

¹⁰³⁸ Vgl. Tettinger, P., *Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa?*, DVBl. 1997, S. 341.

¹⁰³⁹ Vgl. zu den unterschiedlichen Positionen im einzelnen ausführlich unten unter 2.

Bei aller Unterschiedlichkeit der Argumente und Ansichten im einzelnen war allen kritischen Vorschlägen gemeinsam, dass sie eine Neuakzentuierung des Stellenwertes von Infrastrukturdiensten auf europäischer Ebene forderten. Das Ergebnis der Regierungskonferenz, der am 01. Mai 1999 in Kraft getretene Amsterdamer Vertrag¹⁰⁴⁰, nimmt an nicht weniger als vier Stellen Bezug auf die europäische Gewährleistungsverantwortung für bestimmte im Allgemeininteresse liegende Dienste, die im folgenden analysiert werden sollen.

a) Neuschaffung eines Art. 16 EGV

Als wichtigste Referenz kann in dieser Hinsicht die Neuschaffung des Art. 16 EGV¹⁰⁴¹ bezeichnet werden. Er lautet:

„Unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrages dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

Art. 16 EGV wird unmittelbar ergänzt durch die 13. Erklärung zur Schlußakte des Amsterdamer Vertrages, worin die Vertragsstaaten ihre Absicht bekräftigen, dass „der die öffentlichen Dienste betreffende Art. [16] des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [...] unter uneingeschränkter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, unter anderem in Bezug auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Qualität und der Dauerhaftigkeit solcher Dienste, umgesetzt“¹⁰⁴² wird.

b) Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute

Neben diesen allgemeinen Bestimmungen bezüglich einer europäischen Infrastrukturverantwortung für Dienste finden sich im Amsterdamer Vertrag noch zwei spezielle Aussagen hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Deutschland, Österreich und Luxemburg sowie hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Mitgliedstaaten. Hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute heißt es in der 37. Erklärung zur Schlußakte des Amsterdamer Vertrages:

„Die Konferenz nimmt die Auffassung der Kommission zur Kenntnis, dass die bestehenden Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft es zulassen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, welche die in Deutschland bestehenden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute erfüllen, sowie ihnen zum Ausgleich für die mit diesen Leistungen verbundenen Lasten gewährte Fazilitäten voll zu berücksichtigen. Dabei bleibt es der Organisation dieses Mitgliedstaats überlassen, auf welche Weise er insoweit den Gebietskörperschaften die Erfüllung ihrer Aufgabe ermöglicht, in ihren Regionen eine flächendeckende und leistungsfähige Finanzinfrastruktur zur Verfügung zu stellen. Die Fazilitäten

¹⁰⁴⁰ Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 02.10.1997, ABl. EG Nr. C 340/1 ff. (und BGBl. 1998-II, S. 387 (465)).

¹⁰⁴¹ Konsolidierte Fassung (ex-Art. 7d EGV in der ersten Version des Amsterdamer Vertrages).

¹⁰⁴² Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 02.10.1997, 13. Erklärung zur Schlußakte, Erklärung zu Art. 7d des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. EG 1997 Nr. C 340/1, 133.

dürfen die Wettbewerbsbedingungen nicht in einem Ausmaße beeinträchtigen, das über das zur Erfüllung der besonderen Aufgaben erforderliche Maß hinausgeht und zugleich dem Interesse der Gemeinschaft entgegenwirkt.“¹⁰⁴³

Österreich und Luxemburg fügten dem folgende Erklärung hinzu:

„Österreich und Luxemburg gehen davon aus, dass die Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland auch für Kreditinstitute in Österreich und Luxemburg mit vergleichbaren Organisationsformen gilt.“¹⁰⁴⁴

Diese Erklärungen von Amsterdam beruhen auf der Bestätigung der Kommission¹⁰⁴⁵, dass die bestehenden Regeln des EG-Vertrages, insbesondere Art. 86 Abs. 2 EGV, ausreichen, um der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass im Bankensektor Unternehmen bestehen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Die Bestätigung bezieht sich zwar speziell auf öffentlich-rechtliche Kreditinstitute in Deutschland. Was für Deutschland und deutsche öffentlich-rechtliche Kreditinstitute gilt, gilt nach Ansicht der Kommission aber selbstverständlich auch für private Kreditinstitute und für alle privaten oder öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in den übrigen Mitgliedstaaten.

c) Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

Schließlich ist dem Amsterdamer Vertrag ein „Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten“¹⁰⁴⁶ beigelegt, das ausdrücklich die Kompetenz der Mitgliedstaaten bestätigt, Rundfunkanstalten Aufgaben im Allgemeininteresse zu übertragen und sie insoweit auch im durch Art. 86 Abs. 2 und 87 EGV vorgegebenen Rahmen aus öffentlichen Mitteln zu finanzieren.

d) Ergebnis

Während die Erklärungen in der Schlußakte bezüglich der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Deutschland, Österreich und Luxemburg sowie das Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten nur den bisherigen durch die EG-Vertragsregeln im allgemeinen und durch Art. 86 Abs. 2 EGV im besonderen vorgegebenen gemeinschaftsrechtlichen status quo bestätigen, kann die Neuschaffung des Art. 16 EGV

¹⁰⁴³ Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 02.10.1997, 37. Erklärung zur Schlußakte, Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, ABl. EG 1997 Nr. C 340/1, S. 138.

¹⁰⁴⁴ Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 02.10.1997, 1. von der Konferenz zur Kenntnis genommene Erklärung, Erklärung Österreichs und Luxemburgs zu Kreditinstituten, ABl. EG 1997 Nr. C 340/1, S. 143.

¹⁰⁴⁵ Vgl. Europäische Kommission, *Bericht an den Rat über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bankensektor*, 17.06.1998, SEK (1998) 835; hierzu auch dieselbe (Hrsg.), *Gesamtbericht 1998*, Kapitel IV, Abschnitt 5, Rd. 228.

¹⁰⁴⁶ Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 02.10.1997, Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, ABl. EG 1997 Nr. C 340/1, S. 109: „Die Bestimmungen des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft berühren nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maße beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.“

tatsächlich als „wichtigstes Ergebnis“¹⁰⁴⁷ der Regierungskonferenz bezeichnet werden, da diese Vorschrift zwar an die allgemeinen Wettbewerbsregeln anknüpft, allerdings zugleich den eigenständigen Stellenwert der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unterstreicht und der Gemeinschaft einen Gestaltungsauftrag erteilt, damit diese Dienste ihren Aufgaben nachkommen können. Die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift ist von einer Vielzahl unterschiedlicher Vorschläge geprägt, die in den neunziger Jahren von zahlreichen Organisationen, Verbänden, nationalen Regierungen sowie Organen der Europäischen Gemeinschaft mit dem Ziel formuliert wurden, das Funktionieren von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in den durch den Druck der Binnenmarktregeln und der Globalisierung sich radikal verändernden Wirtschaftssektoren auf europäischer Ebene zu gewährleisten.¹⁰⁴⁸ Im folgenden soll daher zunächst ein vertiefter Überblick über die vielschichtige Entstehungsgeschichte dieser Norm gegeben werden.

2. Genese und Normzweck von Art. 16 EGV

a) Konzeptionelle Erwägungen

aa) Französische Initiative 1993

Den Anfang machte im Frühjahr 1993 der französische Ministerrat, indem er die Schaffung einer „Charte européenne des services publics“ anstieß, in der neben einer gemeinsamen übergreifenden Definition einschlägiger Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie sie in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in unterschiedlicher Form und Breite angeboten werden, allgemeingültige Aussagen über einen Organisationsrahmen enthalten waren, der einerseits sektor- und landesspezifischen Besonderheiten Rechnung tragen sollte, andererseits aber auch übergreifende Vorgaben für die rechtliche Gestaltung zur Absicherung kontinuierlicher Aufgabenerfüllung bei Verbraucherzugang zu nichtdiskriminierenden Bedingungen formulierte.¹⁰⁴⁹ Während die EG-Kommission zu der französischen Initiative zunächst nicht konkret Stellung nahm, bewertete das Europäische Parlament die Initiative positiv und nahm am 06.05.1994 folgende Entschließung an:

„Das Parlament erkennt die Bedeutung der Prinzipien von privaten Investitionen, finanzieller Transparenz, verbindlichen Vertragsverfahren und Privatisierung an, ist jedoch der Auffassung, dass diese Grundsätze allzu strikt umgesetzt werden. Es vertritt ferner die Ansicht, dass alle denkbaren Formen einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichem und privatem Sektor zu fördern sind, und fordert die Kommission auf, die Initiative im Hinblick auf die Verabschiedung einer europäischen Charta der öffentlichen Dienstleistungen zu ergreifen, wodurch vor allem die gemeinsamen Prinzipien für den öffentlichen Sektor in Europa definiert und qualitative Standards für die einzelnen Dienstleistungsbereiche festgelegt werden können.“¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁷ So Budäus/Schiller, *Der Amsterdamer Vertrag: Wegbereiter eines europäischen öffentlichen Dienstes?*, ZögU 2000, S. 94 (95).

¹⁰⁴⁸ Vgl. insoweit oben unter II.

¹⁰⁴⁹ Vgl. im einzelnen das Regierungskommuniqué vom 17.03.1993, abgedruckt in *Le Monde* am 19.03.1993, S. 22 sowie Tettinger, P., *Vorüberlegungen zu einer „Charte européenne de service public“*, RdE 1995, S. 175 ff.

¹⁰⁵⁰ Bulletin-EU 5-1994, S. 29.

bb) CEEP-Vorschlag 1995

(1) Entstehungsgeschichte

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hatte zwischenzeitlich 1994 den *Europäischen Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft* (CEEP¹⁰⁵¹) gebeten, in Zusammenarbeit mit dem französischen Beratungsunternehmen *Critère* eine „Charte européenne de service public“ zu entwerfen. Daneben wurde die *Trans European Policy Studies Association* (TEPSA) in Brüssel mit der Ausarbeitung einer Studie mit dem Titel „Service public européen“ beauftragt, die neben rechtsvergleichenden Untersuchungen über die Konzepte zur Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in den nationalen Rechtsordnungen und einer Übersicht über einzelne regulierte Wirtschaftssektoren wie z.B. Post, Telekommunikation oder Energie, zusammen mit französischen Experten von ISUPE¹⁰⁵² die Formulierung von Grundlinien einer Europäischen Charta in Angriff nehmen sollte.

Im Februar 1995 präsentierte schließlich der CEEP in seiner in Zusammenarbeit mit TEPSA und ISUPE angefertigten Studie mit dem Titel „Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen“¹⁰⁵³ einen Vorschlag zur Änderung des EG-Vertrages hinsichtlich der Vorschrift des Art. 86 EGV und propagierte daneben die Schaffung einer Europäischen Charta für öffentliche Dienstleistungen¹⁰⁵⁴.

(2) Art. 94a EGV

Der im Annex I der Studie enthaltene Vorschlag einer Änderung des EG-Vertrages betraf den Titel VI (Art. 81 ff. EGV), in dessen Überschrift nach dem Wort „Wettbewerb“ das Stichwort „allgemeines wirtschaftliches Interesse“ aufgenommen werden sollte. Gefordert wurde die Streichung von Art. 86 EGV und die Neuschaffung eines Art. 94a EGV¹⁰⁵⁵, der lauten sollte:

„1. In den Bereichen, in denen es aus Gründen der Wirtschaftlichkeit, des Verbraucherschutzes, des sozialen Zusammenhalts oder der Förderung einer dauerhaften Entwicklung gerechtfertigt ist, liegt es im Ermessen der Mitgliedstaaten, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einzurichten.

2. Unternehmen, die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, unterliegen besonderen Pflichten, insbesondere hinsichtlich der Gleichbehandlung der Verbraucher, der Kontinuität der Dienstleistungen, ihrer Anpassungsfähigkeit, der Qualität der sichergestellten Dienstleistung, der Transparenz, der Effizienz und der Öffnung ihrer Tätigkeit für abgestimmtes Vorgehen. Zur Erfüllung ihrer Pflichten können diesen Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte übertragen werden. Sie unterliegen den Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere den Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung

¹⁰⁵¹ Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général.

¹⁰⁵² Initiative pour les services d'utilité en Europe; vgl. ISUPE, *Vers un Service Public Européen*, 1996.

¹⁰⁵³ CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 75 f.

¹⁰⁵⁴ CEEP, *Vorschläge des CEEP zur Änderung des EG-Vertrages und für eine europäische Charta*, ZögU 1995, S. 455 ff.

¹⁰⁵⁵ Der Vorschlag, auch einen abgeänderten Art. 86 Abs. 2 EGV für Finanzmonopole einzurichten, soll hier außer Betracht bleiben.

des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

3. Vorbehaltlich der vorstehenden Bestimmungen werden die Mitgliedstaaten in Bezug auf die Unternehmen, denen sie ausschließliche oder besondere Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Art. [12] und dem vorliegenden Titel widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

4. Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um die Auswirkungen im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu harmonisieren und zwar dergestalt, dass diese zur Erfüllung der in Art. 3 genannten Tätigkeiten beitragen.

5. In den Bereichen, in denen es zur Durchführung der Politiken der Gemeinschaft erforderlich ist, kann im gebotenen Umfang ein System von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf Gemeinschaftsebene eingerichtet werden. Die Bedingungen für die Erbringung dieser Dienstleistungen werden in besonderen Lastenheften festgelegt.

6. Die zur Anwendung dieses Art. erforderlichen allgemeinen Maßnahmen werden vom Rat nach dem Verfahren des Art. [251] und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen erlassen.

7. Die Kommission sorgt für die Durchführung der vorstehenden Bestimmungen und achtet auf deren Einhaltung.¹⁰⁵⁶

Die politischen Ziele dieses Vorschlags sind klar erkennbar. Im Kern ging es dem CEEP um die Wiederherstellung der Souveränität der Mitgliedstaaten in der Entscheidung über Ausmaß und Funktion der öffentlichen Sektoren.¹⁰⁵⁷ Als Antwort auf die Korrektur der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des Art. 86 Abs. 1 EGV bezüglich der Vereinbarkeit staatlich verliehener Sonderrechte mit dem Gemeinschaftsrecht wird durch eine ersatzlose Streichung von Art. 86 Abs. 1 EGV und eine Verweisung der Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse an das mitgliedstaatliche Recht reagiert, was im Ergebnis die Schaffung der gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen der Renationalisierung bedeutet. Wird in Nr. 2 von der „Anpassungsfähigkeit“ der betrauten Unternehmen an veränderte technische oder wirtschaftliche Verhältnisse gesprochen, so wird damit angestrebt, die Erstreckung bestehender Monopole auf angrenzende und neue Märkte entgegen der derzeitigen Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich zu erlauben und eine Anwendung von Art. 82 auf diese Sachverhalte auszuschließen. In die gleiche Richtung zielt auch die Formulierung in Nr. 2 („Öffnung ihrer Tätigkeit für abgestimmtes Vorgehen“), die die Ausschaltung des Kartellverbots in Art. 81 EGV bezweckt. Nach Nr. 4 wird auf europäischer Ebene nur noch eine Harmonisierung der Auswirkungen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angestrebt, nicht mehr eine Harmonisierung der Dienstleistungen selbst. Abgerundet wird dieses Maßnahmenpaket schließlich durch die ersatzlose Streichung des gegenwärtigen Art. 86 Abs. 3 EGV zugunsten der Implementierung von Art. 94a Nr. 6, was das Ende der Überwachungsrolle der Kommission hinsichtlich mitgliedstaatlicher Regulierung bedeutet. Die Beibehaltung des gegenwärtig geltenden Art. 86 Abs. 2 EGV in dem neu vorgeschlagenen Artikel ist angesichts dieser vorgehenden mitgliedstaatlichen Prärogativen ein Gesetz ohne materiellrechtlichen Gehalt. Zu Recht muss daher kritisiert werden, dass die Vorschläge den bisherigen Verfassungsgrundlagen der

¹⁰⁵⁶ CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 76 f.

¹⁰⁵⁷ Vgl. zum folgenden nur Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, 1997, S. 635 (649).

Gemeinschaft, der Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts und seinem Vorrang vor mitgliedstaatlichem Recht widersprechen.¹⁰⁵⁸

(3) Europäische Charta

In der vom CEEP 1995 ebenfalls vorgeschlagenen „Europäischen Charta der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“¹⁰⁵⁹ werden die Vorgaben des Art. 94a EGV wiederholt, konkretisiert und im einzelnen hinsichtlich der Begriffsbestimmungen, der Geltungskriterien, der Pflichtenanforderungen an die Betreiber und der Organisations- und Verfahrensgrundsätze näher ausgeformt. Der Bereich, in dem Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingerichtet werden können, wird in der Charta mit Hilfe einer Generalklausel in Kapitel I definiert. Die Ermächtigung soll gelten „für die Wahrnehmung von Tätigkeiten, die Auswirkungen auf die gesamte Wirtschaft haben“¹⁰⁶⁰. Als Pflichten der Erbringer von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nennt die Charta in Kapitel III die Sicherstellung des gleichberechtigten Zugangs der Nutzer zu den bereitgestellten Leistungen, die Kontinuität der Dienstleistung, die Anpassungsfähigkeit, die Qualität und Effizienz der Dienstleistung sowie die Transparenz und Öffnung zu abgestimmten Vorgehen (Konzertierung) zwischen Erbringern und Nutzern bei der Erbringung der Dienstleistung. Kapitel IV bestimmt als Grundsatz der Organisation die transparente Trennung von Aufsichtsbehörde und Dienstleistungserbringer (sog. unbundling¹⁰⁶¹) und legt fest, dass als Dienstleistungserbringer die Verwaltung, öffentliche und private Unternehmen sowie gemischtwirtschaftliche Unternehmen in Betracht kommen. Als Gegenstände der Gemeinschaftspolitik werden in Kapitel V schließlich die Erstellung von Normen zur Gewährleistung der Interoperabilität der Netze, die Förderung von Forschungs- und Entwicklungsmaßnahmen in den Sektoren, in denen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingerichtet wurden, die Durchführung gemeinsamer Investitionsprogramme mehrerer Betreiber herausgestellt.

Aus rein wettbewerbsökonomischer Vertragssicht erscheinen Vertragsänderungen als überflüssig. Gleichwohl ist aber zu bedenken, dass die Anwendung des europäischen Gemeinschaftsrechts hinsichtlich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf schwierige Interpretationsprobleme stößt. Im Interesse einer möglichst großen Rechtsklarheit kann daher selbst aus wettbewerbsökonomischer Sicht für die Notwendigkeit von Klarstellungen im EG-Vertrag plädiert werden.¹⁰⁶² Ob eine Klarstellung im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV oder in einer gesonderten Charta über Dienstleistungen von allgemeinem

¹⁰⁵⁸ So auch Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, 1997, S. 635 (650); aA dagegen Tettinger, P., *Vorüberlegungen zu einer Charta européenne de service public*, RdE 1995, S. 175 (180), der den CEEP-Vorschlag ausdrücklich „begrüßt“.

¹⁰⁵⁹ CEEP, *Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen*, 1996, S. 78 ff.; CEEP, *Vorschläge des CEEP zur Änderung des EG-Vertrages und für eine europäische Charta*, ZögU 1995, S. 455 (458 ff.).

¹⁰⁶⁰ Kapitel II, Nr. 1, 1. Spiegelstrich.

¹⁰⁶¹ Vgl. hierzu Emmerich, V., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1996, Band 2, H. II, Rd. 45 f.

¹⁰⁶² Cox, H., *Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung*, H.J.W.G. 1996, S. 161 (187).

wirtschaftlichem Interesse erfolgt, erscheint hierbei zweitrangig. Grundsätzlich ist der Vorschlag einer solchen Charta sinnvoll und darum zu begrüßen.¹⁰⁶³

Die vom CEEP vorgeschlagene europäische Charta der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verfolgt allerdings ein ganz anderes Ziel. Im Mittelpunkt steht weder die Beantwortung von Fragen ökonomischer Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Verleihung wettbewerbsbeschränkender Sonderrechte an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wahrnehmen, noch die Beantwortung von Fragen hinsichtlich der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des gegenwärtigen Art. 86 Abs. 2 EGV. Im Mittelpunkt der Charta steht allein die Sicherstellung der gemeinschaftsrechtlich nicht überprüfbaren Letztentscheidung der Mitgliedstaaten über die rechtliche Ausformung ihrer Wirtschaftssektoren.¹⁰⁶⁴ Wenn die grundlegende Bedeutung von Art. 86 Abs. 2 EGV für die Einordnung der öffentlichen Sektoren in den Binnenmarkt noch eines Beweises bedurft hätte, dann wird er durch die Charta des CEEP erbracht. Mit den Worten *Mestmäcker's* ist sie ebenso wie der vorgeschlagene Art. 94a „ein Gegenentwurf zu der auf offenen Märkten und freiem Wettbewerb beruhenden Wirtschaftsverfassung der EG“¹⁰⁶⁵ und daher abzulehnen.

cc) Die Position der Europäischen Institutionen

(1) Europäisches Parlament

Das Europäische Parlament hatte seit 1993 in mehreren Entschlüssen¹⁰⁶⁶ verlangt, dem Konzept der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im EG-Vertrag einen größeren Stellenwert einzuräumen. So heißt es beispielsweise in einer Entschließung vom 12. Februar 1993, das Europäische Parlament sei der Auffassung, dass die Kommission der Europäischen Gemeinschaften den Begriff des öffentlichen Sektors und den des allgemeinen Interesses definieren müsse und dass der gleichberechtigte Zugang zu den im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegenden Gütern und Dienstleistungen sowie die Schaffung von Maßnahmen durch die Gemeinschaft, die die Befriedigung der Grundbedürfnisse bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen in der gesamten Gemeinschaft sicherstellen,

¹⁰⁶³ Zustimmend auch Cox, H., *Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung*, H.J.W.G. 1996, S. 161 (188).

¹⁰⁶⁴ Ebenso Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, 1997, S. 635 (650).

¹⁰⁶⁵ Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, 1997, S. 635 (650).

¹⁰⁶⁶ Europäisches Parlament, *Entschließung B3-0216/93 zur Rolle des öffentlichen Sektors bei der Vollendung des Binnenmarkts*, ABl. EG 1993 Nr. C 72/159; dasselbe, *Entschließung A3-0254/94 zu den öffentlichen Unternehmen, Privatisierungen und dem öffentlichen Dienst in der Europäischen Gemeinschaft*, ABl. EG 1994 Nr. C 205/549; dasselbe, *Entschließung B4-1563/95 zur Tagesordnung der Regierungskonferenz 1996 im Hinblick auf die Tagung des Europäischen Rates in Madrid*, ABl. EG 1995 Nr. C 17/149; dasselbe, *Entschließung A4-0327/95 zum XXIV. Bericht der Europäischen Kommission über die Wettbewerbspolitik*, ABl. EG 1996 Nr. C 65/90; dasselbe, *Entschließung B4-0040/97 zu dem allgemeinen Rahmen für einen Entwurf zur Revision der Verträge*, ABl. EG 1997 Nr. C 33/66;

gewährleistet sein müsse.¹⁰⁶⁷ Am 06. Mai 1994 forderte das Europäische Parlament die Kommission der Europäischen Gemeinschaften auf,

„die Initiative im Hinblick auf die Verabschiedung einer Europäischen Charta der öffentlichen Dienstleistungen durch die Union zu ergreifen, die folgende Aspekte berücksichtigt: Definition der gemeinsamen Prinzipien, denen der öffentliche Sektor in Europa im Hinblick auf die Erfordernisse einer echten europäischen Staatsangehörigkeit genügen muss, Gleichbehandlung der Nutzer im Hinblick auf die verschiedenen nationalen Dienstleistungen supranationaler Art, qualitative und quantitative Standards für die einzelnen Dienstleistungsbereiche, Kontrollmöglichkeiten seitens der Verbraucher, Auflistung der Dienstleistungen, auf die die oben erwähnten Grundsätze europaweit anzuwenden sind.“¹⁰⁶⁸

In seiner Entschließung vom 14. Dezember 1995 wurde schließlich der Europäische Rat aufgefordert, für die Regierungskonferenz ein Mandat festzulegen und dabei die vom Parlament genannten Prioritäten zu berücksichtigen, und zwar insbesondere „die Festlegung der Rolle öffentlicher Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem und gesellschaftlichem Interesse im Vertrag“ sowie die „Entwicklung eines allgemeinen Rechts auf Zugang zu diesen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.“¹⁰⁶⁹

(2) Kommission der Europäischen Gemeinschaften

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften begann erst im Zuge der Vorbereitung der Regierungskonferenz von 1996 sich offen mit der Frage einer Neuakzentuierung des Stellenwerts der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im EG-Vertrag zu beschäftigen. So unterstrich sie erstmals in relativ allgemeiner Form in ihrer Stellungnahme vom 28. Februar 1996, dass das europäische Einigungswerk sich

„[...] auf allen europäischen Gesellschaften gemeinsame Wertvorstellungen gründet, die die Grundwerte der Demokratie - Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit - mit den Prinzipien der Marktwirtschaft, der Solidarität und des Zusammenhalts verbinden. Zu diesen Werten gehört auch der gleichberechtigte Zugang der Bürger zu Universaldiensten sowie zu Versorgungs- und Dienstleistungen, die der solidarischen Daseinsvorsorge dienen. [...] Zu einem Zeitpunkt, da Europa in eine neue politische Phase eintritt, müßte die Förderung dieses Gesellschaftsmodells bekräftigt und präzisiert werden.“¹⁰⁷⁰

In ihrer Mitteilung über die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 11.09.1996¹⁰⁷¹ präzisierte die Kommission ihren Standpunkt, indem sie die in der Debatte verwendeten

¹⁰⁶⁷ Europäisches Parlament, *Entschließung B3-0216/93 zur Rolle des öffentlichen Sektors bei der Vollendung des Binnenmarkts*, ABl. EG 1993 Nr. C 72/159 (160), Rd. 1-6.

¹⁰⁶⁸ Europäisches Parlament, *Entschließung A3-0254/94 zu den öffentlichen Unternehmen, Privatisierungen und dem öffentlichen Dienst in der Europäischen Gemeinschaft*, ABl. EG 1994 Nr. C 205/549 (551), Rd. 9.

¹⁰⁶⁹ Europäisches Parlament, *Entschließung B4-1563/95 zur Tagesordnung der Regierungskonferenz 1996 im Hinblick auf die Tagung des Europäischen Rates in Madrid*, ABl. EG 1995 Nr. C 17/149 (150), Rd. 6; die Formulierung dieser Entschließung geht maßgeblich auf die Vorarbeiten der am 15.12.1994 im EP gegründeten sog. Interparlamentarier-Gruppe zum Thema öffentliche Dienstleistungen („Public Service Intergroup“) zurück.

¹⁰⁷⁰ Europäische Kommission, *Stärkung der politischen Union und Vorbereitung der Erweiterung – Stellungnahme der Europäischen Kommission zur Einberufung der Regierungskonferenz*, KOM (96) 90 endg., Bulletin-EU 1/2-1996, S. 1 ff., Rd. 8.

¹⁰⁷¹ Europäische Kommission, *Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, KOM (96) 443 endg., ABl. EG 1996 Nr. C 281/03 ff.

Begriffe zu klären versuchte und das Bild eines modernen europäischen Gesellschaftsmodells entwarf, dessen zentrales Element eine durch Solidarität, sozialen Zusammenhalt und das freie Spiel der Marktkräfte geprägte offene Wirtschaftsordnung sei.¹⁰⁷² In diesem Zusammenhang wurden auch noch einmal die Grundsätze der Auslegung von Art. 86 Abs. 2 EGV sowie die Liberalisierungs- und Re-Regulierungspolitik der Europäischen Gemeinschaft aufgeführt, die in dieser Arbeit schon an anderer Stelle ausführlich vorgestellt worden sind. Abschließend sprach sich die Kommission ausdrücklich gegen eine Abänderung oder Streichung des Art. 86 EGV aus:

„Art. [86] EGV hat sich bewährt, als er die positive Wechselwirkung zwischen Liberalisierung und Gemeinwohl gewährleistet. Er sollte daher nicht geändert werden. Zudem sieht der Vertrag bereits mehrere Möglichkeiten vor, im Sinne des europäischen Gesellschaftsmodells zu handeln und insbesondere die Leistungen der Daseinsvorsorge zu fördern: Es sind dies die transeuropäischen Netze, die gemeinschaftliche Forschungspolitik, die Verbraucherpolitik sowie der wirtschaftliche und soziale Zusammenhalt.“¹⁰⁷³

Die Kommission war jedoch der Auffassung, dass die Leistungen der Daseinsvorsorge im europäischen Aufbauwerk den Platz erhalten sollten, der ihrer Bedeutung für die gemeinsamen Werte, auf denen die europäischen Gesellschaften gründen, gerecht wird. So sollte für den Ausbau der gemeinwohlorientierten Leistungen in Europa eine Perspektive aufgezeigt werden, in die bereits bestehende Handlungsmöglichkeiten einzubinden wären. Die Kommission schlug daher vor, dass die Regierungskonferenz einen entsprechenden Hinweis im Vertrag einfügen sollte:

„So könnte Art. 3 EGV wie folgt ergänzt werden: „einen Beitrag zur Förderung der gemeinwohlorientierten Leistungen“. Damit würde über den Art. 3 mit programmatischem Charakter bekräftigt, dass die Leistungen der Daseinsvorsorge bereits zu den Handlungsfeldern der Gemeinschaft zählen. Gleichwohl bleiben sie ein Bereich, in dem vornehmlich die Mitgliedstaaten tätig werden. Durch diese Änderung würde keine neue Rechtsgrundlage geschaffen, aber dennoch festgeschrieben, dass die Leistungen der Daseinsvorsorge eine Dimension darstellen, der die Gemeinschaft bei der Konzipierung ihrer Politiken und der Festlegung von Maßnahmen Rechnung tragen muss.“¹⁰⁷⁴

Die Mitteilung über die Leistungen der Daseinsvorsorge wurde vom Ausschuß der Regionen¹⁰⁷⁵, vom Wirtschafts- und Sozialausschuß¹⁰⁷⁶ und vom Europäischen Parlament¹⁰⁷⁷ ausdrücklich begrüßt.

¹⁰⁷² KOM (96) 443 endg., Tz. 5.

¹⁰⁷³ KOM (96) 443 endg., Tz. 71f.

¹⁰⁷⁴ KOM (96) 443 endg., Tz. 73 ff.; vgl. zu den ersten Anmerkungen zu diesem Vorschlag aus deutscher Perspektive Tettinger, P., *Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa?*, DVBl. 1997, S. 341 (343 ff.).

¹⁰⁷⁵ Am 18.01.1997, vgl. ABl. EG 1997 Nr. C 116/01 vom 14.04.1997 (und Bulletin-EU, 1/2-1997, Ziff. 1.2.10).

¹⁰⁷⁶ Am 29.05.1997, vgl. ABl. EG 1997 Nr. C 287/01 vom 22.09.1997 (und Bulletin-EU 5-1997, Ziff. 1.3.21).

¹⁰⁷⁷ Am 17.12.1997, vgl. ABl. EG 1998 Nr. C 14/01 vom 19.01.1998; vgl. auch Europäisches Parlament, *Entschließung A4-0327/95 zum XXIV. Bericht der Europäischen Kommission über die Wettbewerbspolitik*, ABl. EG 1996 Nr. C 65/90; dasselbe, *Entschließung B4-0040/97 zu dem allgemeinen Rahmen für einen Entwurf zur Revision der Verträge*, ABl. EG 1997 Nr. C 33/66, Rd. 20: „[Das Europäische Parlament] ... fordert einen ausdrücklichen Verweis auf öffentliche Dienstleistungen als eine Komponente der Rechte der Unionsbürger in den Vertrag einzubeziehen, um den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt sowie den Schutz der Nutzer zu verstärken. Es fordert, dass diese Rechte und Ziele im Hinblick auf ihre tatsächliche Verwirklichung mit einer Neudefinition der Mittel und Befugnisse in den Institutionen der EU einhergehen.“

(3) Europäischer Rat

Den politischen Hintergrund für die Vorschläge der Europäischen Kommission und des Europäischen Parlaments bilden auch die Schlußfolgerungen des Vorsitzes bei den Tagungen des Europäischen Rats von Cannes am 26. und 27.06.1995 und von Madrid am 15. und 16.12.1995. So heißt es in den Schlußfolgerungen des französischen Vorsitzes zur Tagung von Cannes:

„Der Europäische Rat erinnert daran, dass ihm daran gelegen ist, dass die Einführung eines stärkeren Wettbewerbs in zahlreichen Sektoren im Hinblick auf die endgültige Verwirklichung des Binnenmarkts mit den im wirtschaftlichen Allgemeininteresse liegenden Aufgaben vereinbar sein muss, denen sich Europa gegenüber sieht und die insbesondere eine ausgewogene Raumordnungspolitik, die Gleichbehandlung von Frauen und Männern, die Qualität und Kontinuität der Dienste für die Verbraucher sowie die Wahrung langfristiger strategischer Interessen betreffen.“¹⁰⁷⁸

In ähnlicher Weise wird auch in den Schlußfolgerungen des Vorsitzes zum Europäischen Rat von Madrid innerhalb des Abschnitts über den Binnenmarkt ausdrücklich hervorgehoben, dass das Ziel der endgültigen Verwirklichung des Binnenmarkts mit verstärktem Wettbewerb in zahlreichen liberalisierten Sektoren

„mit der Wahrnehmung der im wirtschaftlichen Allgemeininteresse liegenden Aufgaben der öffentlichen Dienste vereinbar sein muss. Insbesondere müssen die Gleichbehandlung aller Bürger sowie die Qualität und die Kontinuität der Dienste und eine ausgewogene Raumordnungspolitik gewährleistet werden.“¹⁰⁷⁹

(4) Regierungskonferenz 1996

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass sich im Abschlußbericht der mit der Vorbereitung der Regierungskonferenz beauftragten Reflexionsgruppe¹⁰⁸⁰ auch die Forderung findet, Europa müsse größere Bedeutung für seine Bürger erhalten.¹⁰⁸¹ So heißt es im Abschnitt mit dem Titel „Eintreten für europäische Werte“:

„Darüber hinaus schlagen einige vor, dass die Konferenz prüfen sollte, wie die Bedeutung des Zugangs zu gemeinwirtschaftlichen Diensten (*services publics d'intérêt général*) besser anerkannt werden kann.“¹⁰⁸²

Aus dieser Formulierung wird jedoch zugleich deutlich, dass es sich bei den Befürwortern um eine Minderheitsposition in der Westendorp-Gruppe handelte.¹⁰⁸³ Es ist wohl nur dem

¹⁰⁷⁸ Europäischer Rat von Cannes, 27.06.1995, *Schlußfolgerungen des Vorsitzes*, Bulletin-EU 6-1995, S. 10 (12), Ziff. I.10.

¹⁰⁷⁹ Europäischer Rat von Madrid, 16.12.1995, *Schlußfolgerungen des Vorsitzes*, Bulletin-EU 12-1995, S. 9 (14), Rd. 1.9.

¹⁰⁸⁰ Nach ihrem Vorsitzenden Carlos Westendorp benannte „Westendorp-Gruppe“.

¹⁰⁸¹ Bulletin-EU 12-1995, S. 26 und 52 ff.

¹⁰⁸² Bulletin-EU 12-1995, S. 52 (54), Ziff. I.102.

¹⁰⁸³ Hierauf verweist auch Tettinger, P, *Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa?*, DVBl. 1997, S. 341 (342), der dies damit begründet, dass im Abschlußbericht prägnante Abstufungen bei der Darlegung von Auffassungen zum Ausdruck gebracht worden sind und hierfür Beispiele aus den Textziffern I.102 und I.103 anführt: „Wir sind uns alle darin einig [...] Viele von uns vertreten die Auffassung [...] Für einige von uns [...] Eines unserer Mitglieder [...]“. Anderer Ansicht dagegen das Europäische Parlament, *Intergovernmental Conference – Public services*, Briefing No. 12, 23.03.1996, Rd.

Druck der französischen Regierung, unterstützt von Belgien und Spanien¹⁰⁸⁴, zu verdanken, dass die Schlußfolgerungen des Vorsitzes zum Europäischen Rat von Turin am 29.03.1996 vorsichtig formulieren, dass

„die Regierungskonferenz auch die Frage nach der Vereinbarkeit zwischen dem Wettbewerb und dem Grundsatz eines allgemeinen Zugangs zu den grundlegenden Dienstleistungen im Interesse der Bürger prüfen könnte.“¹⁰⁸⁵

Damit war die Frage nach dem Stellenwert von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der wettbewerbsverfaßten Marktwirtschaft der Europäischen Gemeinschaft zumindest in politischer Hinsicht auf der Tagesordnung der Regierungskonferenz. In juristischer Hinsicht zeigte sich in den folgenden Monaten im Zuge der Verhandlungen immer deutlicher, dass eine Mehrheit der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft eine Modifikation des Art. 86 Abs. 2 EGV ablehnte und Frankreich – unterstützt von Portugal, Belgien und Spanien – mit seiner gegenteiligen Forderung isolierte.¹⁰⁸⁶ Die irische Präsidentschaft, beauftragt mit der Ausarbeitung eines ersten Entwurfs zur Revision der Verträge, schlug in Anlehnung an den Kommissionsvorschlag als ersten Kompromiß vor, einen „Beitrag zur Förderung von gemeinwohlorientierten Leistungen“ als normgefaßte Zielbestimmung in den Katalog des Art. 3 EGV als neuen Buchstaben u) aufzunehmen.¹⁰⁸⁷

Dieser Vorschlag stieß jedoch bei der Mehrzahl der Delegationen auf Ablehnung, weil eine solche bewußt sehr allgemein gehaltene Bestimmung, die nicht nur marktbezogene, sondern auch nichtmarktbezogene Tätigkeiten umfaßt, neben dem in erster Linie thematisch einschlägigen und fortbestehenden, in seinem Gewicht aber dergestalt deutlich geminderten Art. 86 Abs. 2 EGV als zusätzliches Postulat nur Unsicherheiten bewirken würde. Die Ergänzung des Zielvielecks des Art. 3 EGV „würde insoweit auf dem Wege zur Vollendung des europäischen Binnenmarkts leicht mißdeutbare Signale setzen und bei einzelnen Mitgliedstaaten leicht Reziprozität behindernde, damit aber auch Zersplitterung dieses Binnenmarktes bewirkende verfehltete Schlußfolgerungen provozieren.“¹⁰⁸⁸ Insbesondere die deutsche Bundesregierung vertrat die Ansicht, dass durch die Veränderung des Zielkatalogs

III.4: „According to the Reflection Group Report of Dec. 5, 1995, a majority of national representatives want the IGC to consider strengthening the concept of public service in the general interest as an additional principle for market criteria.“; ebenso, Rambow, G., *Regierungskonferenz 1996 – Wirtschaftspolitische Fragen*, List Forum 1996, S. 243 (249).

¹⁰⁸⁴ Vgl. Europäische Parlament, *Intergovernmental Conference – Public services*, Briefing No. 12, 23.03.1996 (<http://www.europarl.eu.int/dg7/fiches/en/fiche12.htm> (02.11.1999)).

¹⁰⁸⁵ Europäischer Rat von Turin, *Schlußfolgerungen des Vorsitzes*, Bulletin-EU 3-1996, S. 10.

¹⁰⁸⁶ Vgl. zum Verlauf der Regierungskonferenz in dieser Hinsicht nur Rodrigues, S., *Les services publics et le traité d'Amsterdam*, R.M.C. 1998, S. 37 ff.

¹⁰⁸⁷ Europäischer Rat, Tagung am 13./14.12.1996 in Dublin, *Schlußfolgerungen des Vorsitzes: Allgemeiner Rahmen für einen Entwurf zur Revision der Verträge: Die Europäische Union heute und morgen – Anpassung der der Europäischen Union zum Nutzen ihrer Bürger und Vorbereitung der Europäischen Union auf die Zukunft*, Dok. CONF/2500/96 vom 05.12.1996: „[...] suggéré de faire référence à la promotion des services d'intérêt général dans la liste des actions figurant à l'article 3 du traité instituant la Communauté européenne.“

¹⁰⁸⁸ So Tettinger, P., *Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa?*, DVBl. 1997, S. 341 (346); ders., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45 (48).

des Art. 3 EGV die Aushöhlung des Wettbewerbsprinzips im EG-Vertrag drohe. Soweit Regelungen über Universaldienste erforderlich seien, könnten diese schon heute im Rahmen des geltenden EG-Rechts durch Harmonisierung getroffen werden.¹⁰⁸⁹

Ausgehend von dieser Interessenlage entwickelte sich die Situation in zwei Schritten: Zuerst wurde die Idee, eine Bezugnahme auf die Leistung eines Beitrags zur Förderung gemeinwohlorientierter Leistungen in den Zielkatalog des Art. 3 EGV einzufügen, zugunsten einer Nennung im Titel über die Unionsbürgerschaft verworfen, in dem durch die Gemeinschaft das Recht der Bürger auf ein „gutes Funktionieren der Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse“¹⁰⁹⁰ anerkannt werden sollte. In diesem Sinne wurde ein neuer Art. 8c EGV vorgeschlagen, der in der autorisierten französischen Sprachfassung folgenden Wortlaut hatte:

„Eu égard à la place qu’occupent les services d’intérêt général parmi les valeurs communes que reconnaissent les citoyens de l’Union et à la contribution qu’ils apportent à la cohésion économique et sociale, la Communauté et ses États membres, dans les limites de leurs pouvoirs respectifs, tiennent dûment compte de l’importance d’assurer des conditions appropriées en vue du fonctionnement de ces services lorsqu’ils formulent ou mettent en œuvre des politiques susceptibles à affecter ces services.“¹⁰⁹¹

Aufgrund des Widerstands mehrerer Delegationen¹⁰⁹² wurde jedoch auch dieser Vorschlag wieder verworfen. Insbesondere die deutsche Delegation befürwortete die Auffassung, dass im EG-Vertrag bereits ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl gewährleistet sei.¹⁰⁹³ Auch der deutsche Bundestag und der Bundesrat hatten sich im Frühjahr 1997 gegen jegliche Veränderung des EG-Vertrages auf dem Gebiet der gemeinwohlorientierten Leistungen ausgesprochen und statt dessen zusammen mit der Bundesregierung dafür plädiert, diese Zielvorstellungen besser im Rahmen des bestehenden Vertrages umzusetzen und auch auf die Ergänzung durch einen Art. 8c zu verzichten.¹⁰⁹⁴

In einem zweiten Schritt wurde schließlich durch die niederländische Präsidentschaft eine Bezugnahme auf gemeinwohlorientierte Leistungen bei den Vorschriften über die Verwirklichung des Binnenmarktes in Form eines neuen Art. 7d EGV vorgeschlagen, dessen erste Fassung lautete:

„Unbeschadet der Art. [73] und [86] und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse dafür Sorge, dass die Grundsätze und

¹⁰⁸⁹ Vgl. hierzu Rambow, G., *Regierungskonferenz 1996 – Wirtschaftspolitische Fragen*, List Forum 1996, S. 243 (249).

¹⁰⁹⁰ Die nur in französischer Sprache autorisierten Dokumente sind insoweit sprachlich uneinheitlich, als teilweise der Begriff des „service public“, an anderer Stelle aber von den „services d’intérêt général“ die Rede ist, vgl. hierzu Rodrigues, S., *Les services publics et le traité d’Amsterdam*, R.M.C. 1998, S. 37 ff.

¹⁰⁹¹ Konferenzdokument CONF/3876/97 vom 16.07.1997.

¹⁰⁹² U.a. Deutschland, Großbritannien und Österreich.

¹⁰⁹³ Pressezentrum des Deutschen Bundestages, *Wirtschaft: Daseinsvorsorge keine EG-Aufgabe*, Heft 7 vom 23.04.1997.

¹⁰⁹⁴ Pressezentrum des Deutschen Bundestages, *Wirtschaft: Daseinsvorsorge keine Aufgabe für Brüssel*, Heft 4 vom 05.03.1997.

Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

Die endgültige Fassung des Art. 7d, nach der Neunummerierung nun Art. 16 EGV, die auf der Abschlußtagung der Regierungskonferenz am 16./17.06.1997 verabschiedet wurde, weicht nur geringfügig von diesem Formulierungsentwurf ab. Die Formulierung „Dienste von allgemeinem Interesse“ wurde zugunsten der Formulierung „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ präzisiert, neben Art. 73 und 86 EGV auch eine Bezugnahme auf Art. 87 EGV eingefügt sowie klargestellt, dass der neue Art. „nur im Anwendungsbereich dieses Vertrages“ Anwendung findet.

b) Ergebnis

Damit setzt Artikel 16 EGV das normativ um, was für die Mitgliedstaaten seit jeher selbstverständlich ist, was der EuGH seit Anfang der neunziger Jahre in ständiger Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EGV bestätigt und was die Kommission der Europäischen Gemeinschaften bei der Liberalisierung staatlich regulierter Wirtschaftssektoren zur Verwirklichung des Binnenmarktes grundsätzlich beachtet: Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Ausformung im sekundären Gemeinschaftsrecht, der Universaldienst, spielen als Infrastrukturdienste bei der Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts eine wichtige Rolle und gehören als Unterziel des Politikbereichs „wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt“ in Art. 3 Abs. 1 lit. k) EGV unzweifelhaft zu den gemeinsamen Werten der Europäischen Union. Durch Artikel 16 EGV werden diese beiden Aspekte zum ersten Mal ausdrücklich im primären Gemeinschaftsrecht verankert, und das Funktionieren dieser Dienste wird zu einem Grundsatz der europäischen Infrastrukturverantwortung erhoben.

3. Norminhalt

Art. 16 EGV begründet – entgegen den Forderungen des Europäischen Parlaments und anfänglichen Plänen in der Vorbereitungsphase der Regierungskonferenz von Turin – kein subjektives Recht der EG-Bürger auf Versorgung mit einem Mindeststandard von Leistungen. Dies ergibt sich daraus, dass das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur insoweit gesichert sein muss, „dass sie ihren Aufgaben nachkommen können“. Damit wird kein Aufgabenbestand festgelegt, sondern vielmehr an bereits bestehende Aufgaben angeknüpft. Die meisten Autoren verstehen daher Art. 16 EGV entweder nur als eine „politische Erklärung“¹⁰⁹⁵, oder billigen ihm keine mehr als geringfügig über den bisherigen *acquis communautaire* hinausgehende Wirkung bei.¹⁰⁹⁶ Allerdings scheint Art. 16

¹⁰⁹⁵ So auch das Europäische Parlament, *Erste Analyse des Vertrags von Amsterdam*, 1997, Kapitel 4, <http://www.europarl.eu.int/dg7/treaty/analysis/de/index.htm> (25.07.2000).

¹⁰⁹⁶ Vgl. CEEP, *Vorschlag für eine Charta der Dienste von allgemeinem Interesse*, 2000, S. 6 (Tz. 12); Rodrigues, S., *Les services publics et le traité d'Amsterdam*, R.M.C. 1998, S. 37; „La genèse de la rédaction de cette nouvelle notion montre qu'elle est le fruit d'un compromis politique qui fragilise, voire neutralise sa portée juridique.“; ebenso Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45 (49); Lecheler, H., *Die Fortentwicklung des Rechts der Europäischen Union durch den Amsterdam-Vertrag*, JuS 1998, S. 392 (397); ähnlich Streinz, R., *Der Vertrag von Amsterdam – Einführung in die Reform des Unionvertrages von Maastricht und erste Bewertung der*

bei näherer Betrachtung doch mehr als eine politische Absichtserklärung ohne rechtliche Verbindlichkeit zu sein.¹⁰⁹⁷

4. Normwirkung und Normstellung

a) „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“

Eine wörtliche Auslegung des Begriffs „Dienst“ scheint in der deutschen Fassung des Art. 16 EGV eher auf die Kennzeichnung einer Organisationsform hinzuweisen. So spricht man zum Beispiel auch vom Juristischen Dienst der EG-Kommission und meint damit eine organisatorische Einheit. Die entsprechende Formulierung in den meisten anderen Sprachfassungen des EG-Vertrages legt allerdings nahe, dass der Begriff eine inhaltlich-funktionale Bedeutung hat und genauso wie der Begriff der Dienstleistung in Art. 86 Abs. 2 EGV eine Gesamtheit von Tätigkeiten bezeichnet, die einem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse dienen.

Da der Wortlaut nicht in allen sprachlichen Fassungen eindeutig ist, muss die Bestimmung unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs ausgelegt werden.¹⁰⁹⁸ In erster Linie ist zu beachten, dass Art. 16 EGV vom „Funktionieren dieser Dienste“ spricht, was für einen materiellen Bedeutungsgehalt des Begriffs „Dienst“ spricht. Es würde dem inneren Zusammenhang des Art. 16 EGV völlig widersprechen, wenn das Tatbestandsmerkmal Dienst so ausgelegt würde, dass es sich nur auf das Funktionieren einer organisatorischen Einheit, nicht aber auf die Tätigkeiten bezöge, die solche Einrichtungen durchführen. Zum zweiten ist Art. 16 EGV im systematischen Zusammenhang mit Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV zu sehen, der von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse spricht und dabei schon aufgrund seiner wörtlichen Auslegung klarmacht, dass es sich hierbei um eine Tätigkeit handelt.

Auch wenn die Formulierung von Art. 16 und Art. 86 Abs. 2 EGV in der deutschen Fassung voneinander abweicht, so offenbart ein Blick in die übrigen elf Sprachfassungen des EG-Vertrags, dass der Regelungsgegenstand in beiden Artikeln derselbe ist. So ist beispielsweise im Französischen sowohl in Art. 16 als auch in Art. 86 Abs. 2 EGV von „services d'intérêt économique générale“, im Englischen von „services of general economic interest“, im Spanischen von „servicios de interés económico general“, im Italienischen von „servizi di interesse economico generali“, im Niederländischen von „diensten van algemeen economisch belang“, im Portugiesischen von „servicos de interesse económico geral“ und im

Ergebnisse, EuZW 1998, S. 137 (144), der auf die Relevanz der intrikanten Problemstellungen bei der Beihilfeaufsicht verweist; Karpenstein, U., *Der Vertrag von Amsterdam im Lichte der Maastricht-Entscheidung des BVerfG*, DVBl. 1998, S. 942 (946), konstatiert, dass Art. 16 EGV nicht oder nur marginal über den bisherigen *acquis communautaire* hinausgeht. Keller, J., *Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV*, 1999, S. 192, folgert, dass „insoweit alles beim alten bleibt.“; ebenso Kapp, T., in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 1999, Art. 86 EGV, Rd. 101; Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 16 EGV, Rd. 13 („politische Absichtserklärung und Handlungsaufforderung mit geringen rechtlichen Auswirkungen“).

¹⁰⁹⁷ In diese Richtung auch Ross, M., *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, ELR 2000, S. 22 ff. (insb.S. 38).

¹⁰⁹⁸ Vgl. Larenz, K./Canaris, C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, insbesondere S. 141 ff.

Schwedischen in beiden Artikeln von „tjänster av allmänt ekonomiskt intresse“ die Rede.¹⁰⁹⁹ Da gemäß Art. 314 EGV der EG-Vertrag in allen Gemeinschaftssprachen verbindlich ist, ist die wörtliche Analyse der Gemeinschaftssprachen von 11 zu 1 ein deutliches Indiz dafür, dass trotz der unterschiedlichen Begrifflichkeit von „Diensten“ in Art. 16 EGV und „Dienstleistungen“ in Art. 86 Abs. 2 EGV auch nach der deutschen Fassung in beiden Artikeln derselbe Regelungsgegenstand gemeint ist.

Neben der wörtlichen Auslegung der verschiedenen Sprachfassungen läßt sich dieses Ergebnis auch durch zwei weitere Argumente stützen. Zum ersten belegt die Entstehungsgeschichte des Art. 16 EGV, dass die Vertragsparteien der intergouvernementalen Konferenz von Amsterdam keine begriffliche Neuschöpfung bezweckten, sondern inhaltlich an die in Art. 86 Abs. 2 EGV verwendete Formulierung anknüpfen wollten.¹¹⁰⁰ Zum zweiten ist die unterschiedliche Begrifflichkeit in der deutschen Fassung wohl vor allem dadurch zu erklären, dass der Dienstleistungsbegriff in Art. 86 Abs. 2 EGV ein anderer ist als die in der Legaldefinition des Art. 50 EGV verwendete Formulierung, so dass bei der Neuschaffung des Art. 16 eine klarstellende Abschichtung gegenüber der Terminologie des in Art. 49 ff. EGV verwendeten Vokabulars sinnvoll erschien.¹¹⁰¹

Abschließend bleibt daher festzuhalten, dass es sich bei Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 16 EGV und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV um synonyme Begrifflichkeiten handelt. Insoweit ist hinsichtlich der Auslegung dieses Merkmals vollständig auf die Ausführungen in Teil 3¹¹⁰² zu verweisen.

b) „Sorge tragen“

Unter Berücksichtigung seiner systematischen Stellung innerhalb des EG-Vertrages handelt es sich bei Art. 16 EGV um einen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz, der nicht nur bei der Auslegung der primärrechtlichen Vorschriften, sondern auch bei der Ausgestaltung des Sekundärrechts zu berücksichtigen ist.¹¹⁰³ Art. 16 EGV konstituiert damit einen Gestaltungsauftrag¹¹⁰⁴, der sowohl die europäischen Institutionen, als auch die Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass bei der Verwirklichung des

¹⁰⁹⁹ Die 12 Sprachfassungen des EGV sind unter <http://www.europa.eu.int/eur-lex/da/treaties/index.html> zu finden.

¹¹⁰⁰ Rodrigues, S., *Les Services Publics et le Traité d'Amsterdam*, R.M.C. 1998, S. 37, 41: „L'expression 'services d'intérêt général' est abandonnée au profit de celle de 'services d'intérêt économique général' déjà utilisée par l'actuel article 86 paragraphe 2“.

¹¹⁰¹ So auch Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45 (49).

¹¹⁰² Vgl. oben Teil 3, II.2.

¹¹⁰³ So auch der Verband kommunaler Unternehmen, *Thesenpapier Kommunale Entsorgungswirtschaft und Europäische Union – Renaissance der Daseinsvorsorge durch den Amsterdamer Vertrag*, <http://www.vku.de/ent.htm> (07.06.2000).

¹¹⁰⁴ Vgl. Gosalbo Bono, R., *Les politiques et actions communautaires*, R.T.D.E. 1997, S. 769 (773): „Même s'il ne s'agit pas d'une obligation précise, cette partie de l'article [16] contient une obligation de comportement, à la fois positive (promouvoir l'intérêt général et négative (s'abstenir de nuire à cet intérêt), susceptible de contrôle par la Cour de justice“; ebenso Frenz, W., *Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EGV*, EuR 2000, S.901 (918).

Binnenmarkts die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können. Mit anderen Worten: Haben die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, Unternehmen die Wahrnehmung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu übertragen und ihnen im Gegenzug besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, dann dürfen die Rechtsordnungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten diese Aufgabenerfüllung prinzipiell nicht unmöglich machen.¹¹⁰⁵

Darüber hinaus haben sowohl die Gemeinschaftsorgane als auch die Mitgliedstaaten im Rahmen der bestehenden Kompetenzen eine Verantwortung für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, der sie durch positive Maßnahmen nachkommen müssen.¹¹⁰⁶ Diese positive Förderung darf aber nur soweit gehen, wie sie sich im Rahmen der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln hält, spricht doch Art. 16 EGV selbst davon, dass die Art. 73, 86 und 87 EGV „unbeschadet“ bleiben sollen. Erbringer von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dürfen daher nicht gegenüber tatsächlichen oder potentiellen Konkurrenten privilegiert (aber auch nicht benachteiligt) werden. Was die Umsetzung dieses Gestaltungsauftrags auf europäischer Ebene betrifft, sind Kommission und EuGH bereits sukzessive dabei, den politischen und rechtlichen Rahmen für ein gesamteuropäisches Konzept der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu entwickeln.¹¹⁰⁷ Im primären Gemeinschaftsrecht geschieht dies vor allem durch die Schaffung einer einheitlichen Rechtspraxis zu Art. 86 Abs. 2 EGV. Der EuGH anerkennt in seiner neuesten Rechtsprechung stärker als bisher nationale Regulierungsspielräume bei der rechtlichen Ausgestaltung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.¹¹⁰⁸ Im sekundären Gemeinschaftsrecht kommt der Formulierung von Binnenmarktrichtlinien zu den einzelnen Versorgungssparten (Elektrizität, Wasser, Gas, Post, Eisenbahn, Telekommunikation, etc.) in Orientierung an deren sektorspezifischen Besonderheiten vorrangige Bedeutung bei der Suche nach einem gemeinsamen Rahmen zu.¹¹⁰⁹

Im Hinblick auf die Mitgliedstaaten kann Art. 16 EGV dagegen nur einen eingeschränkten Gestaltungsauftrag entfalten. Da der EG-Vertrag keine eigene Politik zur Regulierung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse enthält, bleiben den Mitgliedstaaten entsprechend dem in Art. 5 Abs. 1 EGV niedergelegten Prinzip der begrenzten

¹¹⁰⁵ Ebenso Frenz, W., *Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EGV*, EuR 2000, S.901 (918).

¹¹⁰⁶ Ebenso der Wirtschafts- und Sozialausschuß in seiner Stellungnahme zum Thema „Leistungen der Daseinsvorsorge“, vgl. WSA, *Leitprinzipien für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse*, 21.10.1999, CES 949/99, S. 10.

¹¹⁰⁷ So auch Bauby, P., *Services publics: des modèles nationaux à une conception européenne*, in: L'institut de management public (Hrsg.), *Politiques et management public Nr. 3*, 1997, S. 1 ff.

¹¹⁰⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5784, Rd. 58); EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5809, Rd. 54); EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5819 (5845, Rd. 101); EuGH, Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6153, Rd. 97 ff.); EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6060, Rd. 107 ff.); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5893, Rd. 107 ff.); EuGH, Urteil v. 10.02.2000, verb. Rs. C-147/98 und C-148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 50 (noch nicht in Slg.); EuGH, Urteil v. 23.05.2000, Rs. C-209/98 (*FFAD*), Rd. 77 ff. (noch nicht in Slg.).

¹¹⁰⁹ Vgl. Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45 (50).

Einzelermächtigung¹¹¹⁰ für die Ausgestaltung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kompetent. Auch wenn sich aus dieser Perspektive aus Art. 16 EGV zwar keine konkrete Handlungspflicht der Mitgliedstaaten begründen lässt, haben letztere zumindest aus der in Art. 10 EGV lozierten Kooperationspflicht jene Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung des in Art. 16 EGV postulierten Gestaltungsziels gefährden könnten.¹¹¹¹ Die Mitgliedstaaten dürfen daher den vorhandenen Unternehmen, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, nicht in einem solchen Umfang Aufgaben entziehen, dass ihnen letztlich kein ausfüllbares Betätigungsfeld verbleibt.

Art. 16 EGV ist Teil des Textes des EGV und damit des primären Gemeinschaftsrechts. Er ist deshalb auch in allen seinen Teilen als Rechtsprinzip anzusehen und mithin von der Gerichtsbarkeit auszulegen und anzuwenden, wenn die Erfüllung der von Art. 16 EGV geforderten Gewährleistung des Funktionierens der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse hinsichtlich einer Maßnahme der EG in Frage steht. Aus der Formulierung, dass die Gemeinschaft nur „im Rahmen ihrer Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrages“ dafür Sorge zu tragen hat, dass das Funktionieren von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährleistet ist, ergibt sich, dass Art. 16 EGV allein keine eigenständigen Kompetenzen der EG begründet. Die Verfassungsziele und -grundsätze sind selbst keine Ermächtigungsgrundlagen für die Organe der Europäischen Gemeinschaft.¹¹¹² Allerdings konstituiert Art. 16 EGV auch einen indirekten Gestaltungsauftrag an die Gemeinschaft insofern, als die Gewährleistung des Funktionierens von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bei der Ausgestaltung der übrigen Gemeinschaftspolitiken miteinzubeziehen ist. In der Verbindung mit einer ziel- und grundsatzbezogenen Ermächtigungsgrundlage wirkt Art. 16 EGV daher kompetenzkonkretisierend. Dies kann beispielsweise im Wettbewerbs- oder Beihilfenrecht der Fall sein, wenn von der Europäischen Kommission auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 3 EGV Festlegungen getroffen werden, die Auswirkungen auf in diesen Bereichen tätige Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse haben.

Zudem ist Art. 16 EGV als Rechtsprinzip und Auslegungsgrundsatz im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV zu beachten. Bei der Prüfung von Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV muss das Interesse der Gemeinschaft aus den Zielen und Grundsätzen des EG-Vertrages erschlossen werden. Daher ist auch die in Art. 16 EGV erfolgte Hervorhebung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entsprechend ihres konkreten Gewichts im jeweiligen Einzelfall in die Abwägung miteinzubestellen. Insgesamt kommt es damit im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV auf das Ergebnis der vorzunehmenden Interessenabwägung zwischen der (vor allem durch die mitgliedstaatliche Aufgabenzuweisung) geprägten Bedeutung des jeweiligen Dienstes im Allgemeininteresse einerseits und der dadurch bedingten Beeinträchtigung der Binnenmarktregeln andererseits an.¹¹¹³

¹¹¹⁰ Vgl. hierzu oben Teil 2, III.1.

¹¹¹¹ Ebenso Frenz, W., *Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EGV*, EuR 2000, S.901 (923).

¹¹¹² Zuleeg, M., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1997, Band 1, Art. 2 EGV, Rd. 5.

¹¹¹³ Vgl. Frenz, W., *Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EGV*, EuR 2000, S.901 (923).

c) „Grundsätze und Bedingungen“

Gemeinsame sektorübergreifende Grundsätze und Bedingungen der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind insbesondere die Charakteristika der Kontinuität, der Gleichheit, der Effizienz, der Qualität, der Anpassungsfähigkeit und der Transparenz. Allerdings muss beachtet werden, dass die Akzentuierung der einzelnen Grundsätze und Bedingungen sektorspezifisch stark variieren kann. Während beispielsweise auf dem Energiesektor der Gesichtspunkt der Versorgungssicherheit, der etwa auch die primäre Nutzung heimischer Energieträger impliziert, bei allen rechtspolitischen Überlegungen als zentrales sachspezifisches Postulat im Vordergrund steht¹¹¹⁴, ist im Bereich der Telekommunikations- und Postdienste die Gewährleistung eines flächendeckend qualitativ hochwertigen Dienstleistungsangebots zu tragbaren Preisen für alle Benutzer zentrale *sedes materiae*¹¹¹⁵.

Zu beachten ist außerdem, dass die Verleihung von Sonderrechten gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV nicht zu den „Grundsätzen und Bedingungen“ im Sinne des Art. 16 EGV gehört. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind im Hinblick auf das zentrale Ziel der Binnenmarktsverwirklichung vom „Geiste der Gegenseitigkeit“ getragen, wie dies zu Recht bereits etwa durch den Energieministerrat in seinen Schlußfolgerungen vom 29.11.1994 zu der damals bereits ins Auge gefaßten Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie formuliert wurde.¹¹¹⁶

d) „Unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 EGV“

Durch die Neuschaffung des Art. 16 EGV befürchten dennoch einige Beobachter langfristig die Gefahr einer möglichen Abkehr von Liberalisierung und Deregulierung staatlich regulierter Wirtschaftssektoren in der Europäischen Gemeinschaft und werfen die Frage auf, ob Artikel 16 EGV nicht sogar „der Beginn des Triumphmarschs des öffentlichen Sektors durch die Institutionen des Gemeinschaftsrechts“¹¹¹⁷ ist. Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass bereits die Eingangsformulierung „unbeschadet der Art. 73, 86 und 87“ unmißverständlich klarmacht, dass die neue Bestimmung keine grundsätzliche Änderung der bereits im EG-Vertrag angelegten und durch die Rechtspraxis von EuGH und Kommission konkretisierten rechtlichen Beurteilung staatlicher Einflußnahme in den Wettbewerb bewirken

¹¹¹⁴ Vgl. Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EG 1997 Nr. L 27/20 ff., Art. 3 Abs. 2: „Die Mitgliedstaaten können bei uneingeschränkter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags, insbesondere des Art. [86], den Elektrizitätsunternehmen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Allgemeininteresse auferlegen, die sich auf die Sicherheit, einschließlich der Versorgungssicherheit, die Regelmäßigkeit, die Qualität und den Preis der Lieferungen sowie auf den Umweltschutz beziehen können. Diese Verpflichtungen müssen klar definiert, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein [...]“.

¹¹¹⁵ Vgl. insb. Art. 3 der Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. EG 1997 Nr. L 15/14 ff.

¹¹¹⁶ Bulletin-EU 1994-11, S. 37.

¹¹¹⁷ Kerber, M., *Vers une révision du traité de Rome au nom du service public dans le débat européen?*, Les Cahiers de la fondation „Europe et Social“, Nr. 46, 1998, S. 23 (25).

soll.¹¹¹⁸ Diese Einschätzung wird durch die Entstehungsgeschichte der Norm sowie explizit durch die 13. Erklärung zur Schlußakte des Vertrages von Amsterdam¹¹¹⁹ gestützt. Aus der Eingangsformulierung geht ebenfalls hervor, dass sich aus Art. 16 EGV kein absoluter Bestandsschutz für Unternehmen ableiten läßt, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, da Art. 86 EGV „unbeschadet bleibt“ und unter bestimmten Voraussetzungen in Verbindung mit den Binnenmarktregeln, insbesondere den Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln, die Begründung und/oder Aufrechterhaltung von Unternehmen mit Sonderrechten verbietet.

e) „Stellenwert“

Hinsichtlich der textlichen Anerkennung des „Stellenwerts“, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, wird vereinzelt die Frage aufgeworfen, ob damit eine (Vor)Rang-Einstufung der Verantwortung für Dienste gegenüber anderen Zielsetzungen der Europäischen Gemeinschaft bezweckt ist und wenn ja, wie eine solche Skala im einzelnen aussieht und welche Folgerungen aus ihr zu ziehen sind.¹¹²⁰ Mit anderen Worten wird die Frage nach Zielhierarchien¹¹²¹ im EG-Vertrag sowie der Lösung potentieller politischer Zielkonflikte¹¹²² gestellt.

Die Beantwortung dieser Fragen erschließt sich aus der Systematik des EG-Vertrages. In einer ersten Präzisierung der Fragestellung ist zunächst darauf hinzuweisen, dass allein die Erbringung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse regelmäßig keinen Zielkonflikt mit anderen Gemeinschaftspolitiken hervorrufen wird, da Artikel 16 EGV als Konkretisierung des allgemeinen Richtungsziels der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. k) EGV einen Teilaspekt der Marktintegration darstellt und damit die demselben Ziel dienenden übrigen in Art. 3 EGV genannten Aktionsfelder ergänzt, anstatt sich in Widerspruch mit ihnen zu setzen.

Nur dann, wenn Unternehmen zur Erbringung solcher Dienste ausschließliche oder besondere Rechte gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV verliehen werden, kann es zu einem Konflikt

¹¹¹⁸ So auch Van Miert, K., *Wettbewerbspolitik, Liberalisierung und Privatisierung*, FIW 1999, S. 5 (6); ders., *La conférence intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence*, in: Europäische Kommission (Hrsg.), *Competition Policy Newsletter* Nr. 2, 1997, S. 1 ff.; Dohms, R., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 35, Rd. 407 („Bei Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags sind in der Praxis der Rechtsanwendung insoweit keine Veränderungen zu erwarten.“); nach Mestmäcker, E.-J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, 1997, S. 635 (651), kann man auf den neuen Artikel 16 verzichten; vgl. auch Gosalbo Bono, *Les politiques et actions communautaires*, R.T.D.E. 1997, S. 769 (774): „En réalité, en ce qui concerne les règles de concurrence, l'article [16] ne modifie stricto sensu pas le droit en vigueur.“

¹¹¹⁹ Vgl. hierzu oben unter IV.1.

¹¹²⁰ Diese Frage wird in den Raum gestellt von Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45 (48).

¹¹²¹ Hierzu allgemein Basedow, J., *Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft*, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, 1995, Band 1, S. 49 ff.

¹¹²² Hierzu Müller-Graff, P.-C., in: Dausies, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1999, Band 1, A. I., Rd. 120 f.

zwischen den der Marktintegration dienenden Zielsetzungen¹¹²³ und dem Ziel der Gewährleistung gemeinwohlorientierter Dienste durch wettbewerbsausschließende oder - verfälschende staatliche Eingriffe in den Marktprozess kommen. Die Lösung eines solchen Konflikts ist aber bereits im EG-Vertrag bei den Binnenmarktregeln, insbesondere in Art. 86 Abs. 2 EGV, angelegt und soll durch Art. 16 EGV, wie dessen Eingangsformulierung verdeutlicht, im Grundsatz nicht verändert werden. Insbesondere im Rahmen dieser Konfliktregeln müssen die Gemeinschaftsorgane die konträren politischen Zielsetzungen nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gegeneinander abwägen und nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz im größtmöglichen Umfang miteinander in Einklang bringen.¹¹²⁴ Nur wo dies nicht möglich ist und zwangsläufig das eine oder andere Ziel zurücktreten muss, konkretisiert sich die Frage nach der Lösung eines Zielkonflikts. Es besteht dann eine gerichtlich nur beschränkt überprüfbare Prioritätenkompetenz der politisch zuständigen Organe der Gemeinschaft.¹¹²⁵

Im Rahmen einer solchen Abwägung ist nun zu beachten, dass durch den Vertrag von Amsterdam ist die Sorge für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zwar nicht in den Zielkatalog der Art. 2 und 3 eingefügt, aber ebenso wie diese beiden Bestimmungen im ersten Teil des EG-Vertrages, den Grundsätzen, positioniert worden. Es verwundert daher nicht, dass hierdurch bei einigen Autoren¹¹²⁶ der Eindruck entstanden ist, dass durch Art. 16 EGV die Gewährleistung des Funktionierens solcher Dienste auf europäischer Ebene den gleichen Rang wie das Ziel der Verwirklichung des Binnenmarkts erhält. Für die Entscheidung von Zielkonflikten im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV würde eine solche Gleichrangigkeit der Ziele im Ergebnis bedeuten, dass die Abwägung allein dem politischen Ermessen der Gemeinschaftsorgane überantwortet wäre. Wenn dies zuträfe, ginge dies zu Lasten der Rechtssicherheit: die Gemeinschaft verlöre ein Stück ihrer Rechtsidentität.¹¹²⁷

Auf der Ebene der Art. 2 und 3 EGV hat der EuGH bisher Zielkonflikte regelmäßig zugunsten von Marktintegration und Wettbewerb entschieden, woraus allgemein von einigen Autoren¹¹²⁸ die These vom Vorrang der marktintegrativen Ziele in Art. 2 und 3 EGV vor allen

¹¹²³ Insbesondere den Grundfreiheiten, Art. 3 I lit. c) EGV, und dem System unverfälschten Wettbewerbs, Art. 3 I lit. g) EGV, vgl. oben ausführlich in Teil 2.

¹¹²⁴ Zuleeg, M., in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Band 1, Art. 2 EGV, Rd. 12.

¹¹²⁵ Müller-Graff, P.-C., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1999, Band 1, A. I., Rd. 120 m.w.N. zur Frage der Prioritätenkompetenz.

¹¹²⁶ So z.B. Frenz, W., *Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EGV*, EuR 2000, S.901 (917), der Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eine gleichrangige Bedeutung neben den Wettbewerbsregeln zubilligt.

¹¹²⁷ Basedow, J., *Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft*, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, 1995, Band 1, S. 49 (55).

¹¹²⁸ Vgl. Basedow, J., *Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft*, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, 1995, Band 1, S. 49 (54 m.w.N.); Immenga, U., *Wettbewerbspolitik contra Industriepolitik nach Maastricht*, EuZW 1994, S. 14 (15); in diese Richtung auch Everling, U., *Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), *Bitburger Gespräche – Jahrbuch 1987*, 1987, S. 67 (73), der den Gemeinsamen Markt als „Ausgangspunkt und Grundlage der gesamten Gemeinschaftsentwicklung ... [sowie als] Kern der Gemeinschaft“ betrachtet.

anderen in diesen Vorschriften aufgelisteten Zielsetzungen begründet wird.¹¹²⁹ Mit den Worten von *Müller-Graff* können sich die „Einzelpolitiken der Gemeinschaft nicht im rechtsfreien Raum diskretionärer Entscheidungen bewegen, sondern sind an die Grundsatzentscheidung [...], die Koordination der wirtschaftlichen Einzelentscheidungen innerhalb des räumlichen Geltungsbereiches des EGV grundsätzlich einem Gemeinsamen Markt und damit dem Prinzip der marktgemäßen Selbststeuerung, mithin in ökonomischer Hinsicht dem Prinzip des komparativen Kostenvorteils zu überlassen [...], rechtlich, nämlich marktrechtlich, gebunden“¹¹³⁰.

Dass die Erhebung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu einem Grundsatz der Gemeinschaft nicht zu einer Umwertung der Vertragsziele geführt hat, zeigen auch die Entstehungsgeschichte und Stellung des Art. 16 im Normgefüge des EGV. Dass Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht im normativen Zielvieleck des Art. 2 oder unter den Tätigkeiten des Art. 3 EGV genannt sind, ist ein erster Schlüssel zu ihrer Gewichtung und damit zur Ermittlung eines Rangverhältnisses.¹¹³¹ Es läßt sich nicht erkennen, dass die in Art. 16 EGV niedergelegten Erfordernisse geeignet wären, bei den in Art. 2 und 3 EGV genannten Zielprioritäten, insbesondere der Verwirklichung des Binnenmarkts, den Zielpunkt zu verrücken.

Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 86 Abs. 2 Satz 2 der neue Art. 16 EGV als Grundsatz des EG-Vertrages und Bestandteil des Gemeinschaftsinteresses in die Abwägung miteinzubeziehen ist; denn das Interesse der Gemeinschaft erschließt sich aus den Zielen und Grundsätzen des EG-Vertrages. Vorrangiges Ziel ist und bleibt aber die Vollendung und Weiterentwicklung des Binnenmarktes unter den Bedingungen unverfälschten Wettbewerbs. Ergänzend ist nun bei der Bestimmung des Gemeinschaftsinteresses der politische Wille, wie er in Art. 16 EGV zum Ausdruck kommt, zu berücksichtigen.¹¹³² Kernstück des Gemeinschaftsinteresses bleiben aber in jedem Fall die Parameter der wettbewerbsverfaßten Marktwirtschaft. In ihrer Ermessensentscheidung hat die Kommission diese Zielhierarchie im EG-Vertrag zu beachten.

¹¹²⁹ A.A. aber Oppermann, T., *Stellungnahme*, in: Nörr/Starbatty (Hrsg.), *Soll und Haben – 50 Jahre Soziale Marktwirtschaft*, 1999, S. 153 (155), der von einer grundsätzlichen Gleichrangigkeit aller Gemeinschaftsziele ausgeht.

¹¹³⁰ Müller-Graff, P.-C., in: Dausen, M. (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 1999, Band 1, A. I., Rd. 124; zu den Grundsätzen marktrechtlicher Bindung auch ders., *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht*, 1984, S. 280 ff., 292 ff., 328 ff., 339 ff.

¹¹³¹ Anderer Ansicht Frenz, W., *Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EGV*, EuR 2000, S.901 (913): „Indem die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art. 16 EGV [...] genannt werden [...] erlangen diese Dienste sogar ein stärkeres Gewicht, als wenn sie im Rahmen des Art. 3 EGV durch ein Tätigkeitsfeld [...] aufgenommen worden wären.“

¹¹³² Vgl. hierzu schon oben zur Normwirkung des Art. 16 EGV.

f) „Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse und im Anwendungsbereich dieses Vertrages“

Art. 16 EGV legt fest, dass sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Gemeinschaft im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrages für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Sorge tragen. Damit wird deutlich, dass die Gestaltung der Rahmenbedingungen für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in den Bereich der konkurrierenden Zuständigkeit fällt.¹¹³³ Für die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Gemeinschaft bedeutet dies, dass grundsätzlich die Ausgestaltung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse den Mitgliedstaaten obliegt. Dies folgt schon aus Art. 86 Abs. 2 EGV. Wo die Gemeinschaft auf der Rechtsgrundlage der Art. 94, 95 oder Art. 86 Abs. 3 EGV ganze Wirtschaftssektoren dereguliert und liberalisiert, muss sie im Rahmen der bereits oben unter III.3. beschriebenen Grundsätze der Subsidiarität und der Erforderlichkeit durch den Erlass von sekundärrechtlichen Maßnahmen für das Funktionieren von sektorspezifischen Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Sorge tragen. Artikel 16 EGV gewährleistet dadurch flexible Lösungen. Der Europäische Binnenmarkt setzt das subtile Zusammenspiel zwischen einheitlichen europäischen Marktrechtvorgaben und nationalen Regelungsspielräumen voraus. Die Berücksichtigung der Grundsätze der Subsidiarität und Erforderlichkeit bei positiv-gestaltenden Eingriffen der Gemeinschaftsorgane¹¹³⁴ gewährleistet Flexibilität, die ein wichtiges Element des europäischen Integrationsprozesses darstellt. Der schon bisher von EuGH und Kommission verfolgte pragmatische Ansatz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit den Regeln des Binnenmarkts und unterschiedlichen nationalen Prioritäten bei der Bereitstellung solcher Dienste „unter ein gemeinsames Dach zu bringen“¹¹³⁵, findet in Artikel 16 EGV nun seine primärrechtliche Verankerung.

5. Normanwendung

Art. 16 EGV betont die Bedeutung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in den Grundsatzbestimmungen des EG-Vertrages und macht das Funktionieren dieser Dienste somit zu einem bereichsübergreifenden Abwägungsbelang. Im Hinblick auf Art. 86 Abs. 2 EGV wird es für die Kommission zukünftig wohl schwerer werden, gegen Umfang und Intensität mitgliedstaatlicher Betrauung eines Unternehmens binnenmarktorientierte Einwände zu erheben, sofern dies die Effizienz der betreffenden Aktivität beschränkt.¹¹³⁶

¹¹³³ Zustimmend Jung, C., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 1999, Art. 16 EGV, Rd. 10.

¹¹³⁴ Vgl. hierzu oben Teil 4 unter III.3.

¹¹³⁵ Budäus/Schiller, *Der Amsterdamer Vertrag: Der Wegbereiter eines europäischen öffentlichen Dienstes?*, ZögU 2000, S. 94 (100 m.w.N.).

¹¹³⁶ In diese Richtung auch Steindorff, E., *Mehr Bürgernähe und Subsidiarität in Europa?*, ZHR 1999, S. 395 (426); Tettinger, P., *Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht*, RdE 1999, S. 45 (49); Champeil-Desplats, V., „Valeurs communes“ et „cohésion sociale et territoriale“: vers la reconnaissance de nouvelles justifications pour les services d'intérêt économique général?, 1999, S. 12 f., führt in diesem Zusammenhang aus, dass die jüngste Rechtsprechung des EuGH in Verbindung mit der Formulierung des Art. 16 EGV dazu führen könnte, dass der EuGH in Zukunft von der Kommission den Beweis einfordert, dass nationale Ausnahmeregelungen für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht den gemeinsamen Werten der Union entsprechen oder nicht zur Förderung des sozialen oder territorialen Zusammenhalts beitragen. Aber diese Auffassung unterliegt einem

Schon jetzt erkennbar sind erste Auswirkungen in der Rechtsprechung des EuGH: Bei der Auslegung des Tatbestandmerkmals „rechtlich oder tatsächlich verhindert“ in Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV wird entgegen der früheren Praxis auf eine strenge Erforderlichkeitsprüfung verzichtet und nur geprüft, ob die Sonderstellungen geeignet sind, die im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben zu erfüllen.¹¹³⁷ Art. 16 EGV stellt insoweit eine Garantie der in Art. 86 Abs. 1 Satz 1 EGV lozierten Legalausnahme dar. Auch im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV müssen die Wertungen des Art. 16 EGV im jeweiligen Einzelfall in die Abwägung miteinbezogen werden.

V. Schlußbetrachtungen

1. Resümee

Die vorstehende Untersuchung hat deutlich gemacht, dass die Interaktion zwischen staatlicher Steuerung und Kontrolle von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und europäischem Gemeinschaftsrecht vielschichtiger und facettenreicher Natur ist. Angesichts der großen Bedeutung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für den sozialen, wirtschaftlichen und territorialen Zusammenhalt in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union steht das Gemeinschaftsrecht vor der schwierigen Aufgabe, Konflikte staatlicher Ausgestaltung solcher Tätigkeiten mit den Binnenmarktregeln in Übereinstimmung mit ihrer Bedeutung für die europäische Integration und das europäische Gesellschaftsmodell zu lösen.

Art. 295 EGV und Art. 86 EGV bilden die zentralen Ansatzpunkte für die Einordnung staatlicher Steuerung und Kontrolle der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in das europäische Gemeinschaftsrecht. Die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu diesen Normen läßt sich dahingehend verallgemeinern, dass es im Falle staatlicher Einflußnahme in den Wettbewerb grundsätzlich keine Souveränitätsreserven für die Mitgliedstaaten und keinen Bestandsschutz für mit den Binnenmarktregeln konfligierende Marktzugangs- oder Verhaltensregulierung von wirtschaftlichen Tätigkeiten geben darf. Eine Tätigkeit ist schon dann als dann wirtschaftlich im Sinne des Gemeinschaftsrechts zu qualifizieren, wenn sie auf den gegenseitigen Austausch von Gütern oder Dienstleistungen am Markt gerichtet ist und tatsächlich oder potentiell auch von Privaten wahrgenommen werden kann. Letzteres ist allein anhand der objektiven Charakteristik der Aufgabe festzustellen und nicht anhand gegebener nationalrechtlicher Vorgaben. Spätestens seit der

Zirkelschluss: Es ist ein Wesensmerkmal der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, dass sie kraft ihrer gemeinwohlorientierten Zielsetzung der Allgemeinheit zugute kommen und daher immer dem sozialen und territorialen Zusammenhalt dienen. Tun sie das nicht, liegt auch von vornherein kein Dienst von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vor.

¹¹³⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699 (5784, Rd. 58); EuGH, Rs. C-158/94 (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789 (5809, Rd. 54); EuGH, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, S. I-5819 (5845, Rd. 101); EuGH, Rs. C-219/97 (*Orijvende Bokken*), Slg. 1999, S. I-6121 (6153, Rd. 97 ff.); EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*), Slg. 1999, S. I-6025 (6060, Rd. 107 ff.); EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, S. I-5751 (5893, Rd. 107 ff.); EuGH, Urteil v. 10.02.2000, verb. Rs. C-147/98 und C-148/97 (*Deutsche Post AG*), Rd. 50 (noch nicht in Slg.); EuGH, Urteil v. 23.05.2000, Rs. C-209/98 (*FFAD*), Rd. 77 ff. (noch nicht in Slg.).

Telekommunikations-Endgeräte-Entscheidung des EuGH müssen sich auch mitgliedstaatliche Monopol- und Oligopolrechte uneingeschränkt an den Binnenmarktregeln des EG-Vertrages überprüfen lassen.

Entgegen häufig geäußerter Auffassung ist jedoch nicht von einer grundsätzlichen Unvereinbarkeit von mitgliedstaatlich verliehenen ausschließlichen und besonderen Rechten und den europäischen Binnenmarktregeln auszugehen. Allerdings verstoßen tatsächlich in einer Vielzahl von Fällen staatlich verliehene Monopol- und Oligopolrechte, die den begünstigten Unternehmen die Durchführung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ermöglichen sollen, gegen die Grundfreiheiten und/oder die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages. Dies gilt insbesondere im Falle staatlicher Handels-, Vertriebs- und Produktionsmonopole. Die Lösung der hieraus resultierenden Spannungslage zwischen der Gewährleistung des Funktionierens von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und der uneingeschränkten Geltung der Binnenmarktregeln konzentriert sich damit auf die Suche nach einem gemeinschaftsrechtlichen Ausnahmetatbestand.

Zentrale Bedeutung kommt in dieser Hinsicht Art. 86 Abs. 2 EGV zu. In seiner neueren Rechtsprechung zu Satz 1 dieser Vorschrift anerkennt der EuGH die Bedeutung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für das europäische Gesellschaftsmodell insofern stärker als bisher, als er es einerseits dem Ermessen der Mitgliedstaaten überläßt, welche wirtschaftlichen Tätigkeiten durch Regulierung zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erhoben werden¹¹³⁸ und andererseits für die Bejahung des Tatbestandsmerkmals „verhindern“ nun schon die Gefährdung der Erfüllung der Sonderaufgabe bei EG-vertragsgemäßigem Verhalten ausreichen läßt. Dies führt dazu, dass über Satz 1 letztlich fast jeder staatliche Eingriff in die Wirtschaft gerechtfertigt werden kann und die Zulässigkeit gegen die Binnenmarktregeln verstoßender mitgliedstaatlicher Regulierung praktisch allein von der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Schranken-Schranke des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV abhängt.

Gerade im Hinblick auf die Gewichtung der widerstreitenden Interessen innerhalb dieser Abwägung kommt dem neugeschaffenen Artikel 16 EGV in Zukunft Gewicht zu, bringt er doch im Zusammenspiel mit Art. 86 Abs. 2 EGV die Wechselwirkung zwischen den Binnenmarkterfordernissen der Freizügigkeit, der wirtschaftlichen Effizienz und Dynamik sowie des Wettbewerbs einerseits und der Berücksichtigung von Gemeinwohlzielen andererseits zum Ausdruck.

Allerdings unterliegt auch weiterhin die Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Anwendungsbereich des EG-Vertrages uneingeschränkt der Binnenmarktrechtsetzung. Aus Art. 16 EGV folgt nicht, wie vereinzelt angenommen, die

¹¹³⁸ Vgl. auch zuletzt die aktualisierte Fassung der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 20.09.2000 über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, S. 8: „Member States' freedom to define means that Member States are primarily responsible for defining what they regard as services of general economic interest on the basis of the specific features of the activities. This definition can only be subject to control for manifest error.“

„volonté de dépasser la logique du marché.“¹¹³⁹ Diese Vorschrift artikuliert erstmals neben der rein wettbewerbsrechtlichen auch die gesellschaftspolitische Bedeutung gemeinwohlorientierter wirtschaftlicher Tätigkeiten für die Mitgliedstaaten und die Europäische Union, indem solche Leistungen unter dem gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zusammenfaßt werden, eine europäische, Kohäsions-orientierte Rolle zugewiesen bekommen und ihr Funktionieren zu einem Grundsatz des EG-Vertrages erhoben wird. Art. 16 EGV ist daher deutlich mehr als eine bloße Kodifikation der neueren Rechtsprechung des EuGH zu Art. 86 EGV. Er artikuliert einen rechtlich bindenden Gestaltungsauftrag an die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass im europäischen Binnenmarkt der hinter diesen Leistungen stehende Auftrag erfüllt und gleichzeitig deren Effizienz gewährleistet ist. Hierdurch kann Art. 16 EGV zu einem harmonischen Miteinander zwischen den Grundsätzen des durch Liberalisierung, Privatisierung und Deregulierung bereits weitgehend verwirklichten wettbewerbsorientierten europäischen Binnenmarktes und mitgliedstaatlich regulierten Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beitragen.

2. Regierungskonferenz 2000

Auch auf der am 14./15.02.2000 eröffneten Regierungskonferenz 2000 stand die Thematik der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Mittelpunkt der Diskussion. Insbesondere die deutschen Bundesländer forderten den Einstieg in eine präzise Kompetenzabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten und die Garantie der unbeeinträchtigten Wahrnehmung von „öffentlichen Dienstleistungen zum Zwecke der Daseinsvorsorge durch die Mitgliedstaaten.“¹¹⁴⁰ Nach den Vorstellungen der deutschen Ministerpräsidenten sollten Sparkassen, Landesbanken¹¹⁴¹, öffentlich-rechtlicher Rundfunk, Energie- und Wasserversorgung, öffentlicher Nahverkehr und Wohnungsbau sowie andere kommunale Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf Dauer vor den strengen europäischen Binnenmarktregeln bewahrt werden.¹¹⁴² Bestandsschutz forderten auch Franzosen und Österreicher. Der französische Staatspräsident *Jacques Chirac* wollte in Lissabon am 24.03.2000 nicht einmal den Grundsatz unterschreiben, dass auch für den Luftverkehr ein „voll funktionsfähiger Binnenmarkt“ hergestellt werden müsse.¹¹⁴³ Auch die von der Kommission vorgeschlagene vierjährige Übergangsfrist für die Öffnung des Strom- und Gasmarktes war gegen die französischen Bedenken nicht durchzusetzen. Ebenso hart wehrte sich Österreich gegen die Einbeziehung der Wasserbewirtschaftung in die europäische

¹¹³⁹ So Dehousse, F., *Editorial: Le Traité d'Amsterdam – Reflèt de la nouvelle Europe*, CDE 1997, S. 264 (267).

¹¹⁴⁰ Vgl. Borchmann, M., *Regierungskonferenz 2000 – Länder nesteln an der „Notbremse“*, EuZW 2000, Heft 6, Editorial.

¹¹⁴¹ Hintergrund der Aktivität der Bundesländer ist (auch) die Tatsache, dass die Kommission seit längerem das deutsche Sparkassen- und Landesbankensystem und ihre Vereinbarkeit mit europäischem Recht im Auge hat. So hat z.B. am 26.05.00 die Europäische Kommission beim Europäischen Gerichtshof eine Klage wegen der Beihilfen für die Westdeutsche Landesbank Girozentrale (WestLB) eingereicht. Mit der Klage will die Kommission die Rückzahlung von 1,57 Milliarden DM ungerechtfertigter Beihilfen plus Zinsen erzwingen. Vgl. hierzu FAZ vom 27.05.00, S. 13.

¹¹⁴² Vgl. hierzu Schwenn, K., *Geschützt im Wettbewerb*, FAZ vom 25.04.00, S. 17; FAZ vom 29.03.2000, S. 8 („EU-Partner nicht für dauerhaften Schutz der öffentlichen Daseinsvorsorge“); FAZ vom 04.05.2000, S. 4 („Warnung vor EU-Wettbewerbspolitik“);

¹¹⁴³ Vgl. FAZ vom 25.03.2000, S.13 („Frankreich blockiert die EU-Marktöffnung“).

Liberalisierungspolitik. Bundeskanzler *Wolfgang Schäussel* bezeichnete dies als „groteske Idee“ und unterstrich, dass Österreich die Regierungskonferenz 2000 zur Reform des EU-Vertrages nutzen werde, um die nationale Eigenständigkeit in der Wasserpolitik zu verteidigen.¹¹⁴⁴

Auch die deutschen Bundesländer hatten für den Fall, dass ihre Rechte nicht ausreichend gewahrt würden, mit der Blockade der geplanten Ergänzung des EU-Vertrages im Bundesrat gedroht. „Wenn eine Einigung nicht gelingt, haben wir große Ratifizierungsprobleme“¹¹⁴⁵, sagte der Vorsitzende der Ministerpräsidentenkonferenz, der Bremer Bürgermeister *Henning Scherf* am 25.05.2000 nach einem Treffen mit dem Kommissionspräsidenten *Romano Prodi*. Die meisten EU-Partner waren allerdings nicht bereit, Deutschland dauerhafte Ausnahmen von den Binnenmarktregeln zu erlauben. Kritische Reaktionen kamen im März 2000 vor allem vom britischen Premierminister *Blair* und dem spanischen Ministerpräsidenten *Aznar*. Schließlich ließ sich aber nach langem Drängen des deutschen Bundeskanzlers *Gerhard Schröder* die Runde der Staats- und Regierungschefs auf einem Sondertreffen in Lissabon am 24.03.2000 dazu bewegen, einer Bitte an die Kommission zuzustimmen, ihre Mitteilung von 1996 über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa¹¹⁴⁶ zu überarbeiten. Die Kommission ist diesem Prüfungsauftrag inzwischen nachgekommen und hat am 20.09.2000 eine Neufassung vorgelegt¹¹⁴⁷, in der – zum großen Mißfallen der Bundesländer – der bisherige gemeinschaftsrechtliche status quo durchgehend bestätigt wird. Wettbewerbskommissar *Mario Monti* macht damit deutlich, dass für öffentliche Unternehmen keine Sonderregeln im Binnenmarkt gelten. Im Gegenteil, öffentliche Unternehmen sind durch die Novellierung der Transparenz-Richtlinie von 1980 künftig dazu gezwungen, getrennte Bücher über ihre dem Gemeinwohl dienenden und ihre privatwirtschaftlichen Tätigkeiten zu führen.¹¹⁴⁸ Darüber hinaus will *Monti* ein Beihilfenregister anlegen, das die Subventionen der Länder durchschaubarer macht. Insgesamt läßt sich beobachten, dass durch die Politik der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH die Integration der staatlich kontrollierten Wirtschaftssektoren der Mitgliedstaaten in das Binnenmarktrecht voranschreitet. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ist nicht gewillt, den Mitgliedstaaten Bereichsausnahmen für bestimmte gemeinwohlorientierte Unternehmenstätigkeiten zu gewähren.

Der Europäische Rat von Nizza hat am 9.12.2000 die Mitteilung der Kommission über die Leistungen der Daseinsvorsorge zur Kenntnis genommen und gebilligt. In den Schlußfolgerungen des Vorsitizes heißt es hierzu abschließend:

¹¹⁴⁴ Ebenda.

¹¹⁴⁵ Vgl. FAZ vom 26.05.2000, S. 1 und S. 13 („Bundesländer drohen Prodi mit Blockade“).

¹¹⁴⁶ Europäische Kommission, *Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*, ABl. EG 1996 Nr. C 281/03 ff.

¹¹⁴⁷ KOM Dok. 00/25; die Mitteilung liegt bisher nur in englischer und französischer Sprache vor.

¹¹⁴⁸ Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG Nr. L 193/75 vom 29.07.2000; vgl. hierzu Bartosch, A., *Der Kommissionsentwurf zur neuen Transparenzrichtlinie*, EuZW 2000, S. 333; ders., *Neue Transparenz-Richtlinie trifft Unternehmen der Daseinsvorsorge*, FAZ vom 14.04.00, S. 23.

„[Der Europäische Rat] fordert den Rat und die Kommission auf, ihre Arbeiten auf der Grundlage dieser Vorgaben und der Bestimmungen des Artikels 16 des Vertrages fortzuführen. Der Europäische Rat nimmt zur Kenntnis, dass die Kommission in enger Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten prüfen will, wie bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts in Zusammenhang mit den Leistungen der Daseinsvorsorge für größere Vorhersehbarkeit und verstärkte Rechtssicherheit Sorge getragen werden kann. Der Rat und die Kommission werden dem Europäischen Rat auf seiner Tagung im Dezember 2001 über die Umsetzung dieser Vorgaben Bericht erstatten.“¹¹⁴⁹

3. Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Der Europäische Rat von Nizza begrüßte ebenso, „dass der Rat, das Europäische Parlament und die Kommission gemeinsam die Charta der Grundrechte proklamiert haben, welche die bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und gesellschaftlichen Rechte, die bisher in verschiedenen internationalen, europäischen oder nationalen Texten niedergelegt waren, in einem Text zusammenfaßt.“¹¹⁵⁰

Die Ausarbeitung der Charta der Grundrechte war einem Gremium übertragen, das sich aus 15 Vertretern der Mitgliedstaaten, dreißig Abgeordneten der Mitgliedstaaten, sechzehn Europa-Abgeordneten und einem Vertreter der Kommission zusammensetzte. Zusätzlich nahmen der Gerichtshof und der Europarat als Beobachter teil. In der endgültigen Fassung der Charta ist in Artikel 36 auch eine Bezugnahme auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verankert:

Art. 36 [Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse]

„Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.“¹¹⁵¹

Dieser Artikel bleibt in seiner Aussagekraft weit hinter dem des Art. 16 EGV zurück. Bezug genommen wird nur auf die Anerkennung und Achtung des Zugangs zu solchen Diensten, wie er im jeweiligen Mitgliedstaat gesetzlich geregelt ist und dies auch nur „im Einklang“ mit den Regeln des EG-Vertrages. Letztlich bekräftigt Art. 36 nur das, was der EuGH bereits in ständiger Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EGV annimmt: Dienste von allgemeinem Interesse bleiben ein Bereich, in dem vornehmlich die Mitgliedstaaten tätig werden. Durch Art. 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union wird keine neue Rechtsgrundlage geschaffen, aber neben Art. 16 EGV noch einmal explizit festgeschrieben, dass Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eine große Bedeutung für das europäische Gesellschaftsmodell haben, der die Gemeinschaft bei der Konzipierung ihrer Politiken und der Festlegung von Maßnahmen Rechnung tragen muss.

¹¹⁴⁹ Europäischer Rat (Nizza), 7.-9.12.2000, *Schlußfolgerungen des Vorsitzes*, SN 400/00, S. 12.

¹¹⁵⁰ Europäischer Rat (Nizza), 7.-9.12.2000, *Schlußfolgerungen des Vorsitzes*, SN 400/00, S. 1; eine erste Bestandsaufnahme der Charta präsentiert Tettinger, P., *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, NJW 2001, S. 1010 ff.

¹¹⁵¹ Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist abgedruckt im ABl. EG 2000 Nr. C 364/1 ff.

Literaturverzeichnis

- Adler, Madeleine*, Universaldienstleistungen nach dem TKG: Verfassungsrechtliche Grundlagen und Fragen des Rechtsschutzes, Aachen 2000.
- Aschinger, Gerhard*, Das Coase-Theorem, Das Wirtschaftsstudium (WISU) 1985, S. 97.
- Bach, Albrecht*, Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1992.
- Badura, Peter*, Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963.
- Badura, Peter*, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1966, S. 624 ff.
- Badura, Peter*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, in: von Münch, Ingo (Hrsg.), Festschrift für H.-J. Schlochauer zum 75. Geburtstag, Berlin u.a. 1981, S. 3 ff.
- Badura, Peter*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Auflage Berlin u.a. 1995, S. 201 ff.
- Badura, Peter*, Das öffentliche Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1997, S. 291 ff.
- Badura, Peter*, Wettbewerbsaufsicht und Infrastrukturgewährleistung durch Regulierung im Bereich der Post und der Telekommunikation, in: Hübner, Ulrich/Großfeld, Bernhard (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, S. 35 ff.
- Bain, Joe*, Industrial Organisation, 2. Aufl. New York u.a. 1968.
- Bala, Andreas*, Artikel 90 II EGV im System unverfälschten Wettbewerbs – unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätsversorgungswirtschaft, Münster 1997.
- Bardenhewer, Angela/Pipkorn, Jörn*, Artikel 7a EGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, 5. Auflage Baden-Baden 1997.
- Bartling, Hartwig*, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, München 1980.
- Bartling, Hartwig*, Wettbewerbliche Ausnahmebereiche: Rechtfertigung und Identifizierung, in: Feldsieper, Manfred (Hrsg.), Wirtschaftspolitik in weltoffener Wirtschaft – Festschrift zum 70. Geburtstag von Rudolf Meimberg, Berlin 1983, S. 325 ff.
- Bartosch, Andreas*, Dienstleistungsfreiheit versus Monopolrechte – Die Fragwürdigkeit des Remailing-Urteils des EuGH vom 10.02.2000, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, S. 2251 ff.
- Basedow, Jürgen*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, Tübingen 1992.
- Basedow, Jürgen*, Europarechtliche Grenzen des Postmonopols, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1994, S. 359 ff.
- Basedow, Jürgen*, Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: Due, Ole/Lutter, Marcus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling – Band 1, Baden-Baden 1995, S. 49 ff.
- Basedow, Jürgen*, Ansätze zur europäischen Regulierung der Postdienste, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1996, S. 143 ff.
- Bauby, Pierre*, Services publics: des modèles nationaux à une conception européenne, in: L'institut de management public (Hrsg.), Politiques et management public Nr. 3, Paris 1997, S. 1 ff.
- Bauer, Hartmut*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 1995, S. 243 ff.
- Bauer, Antonie/Illing, Gerhard*, Das Coase-Theorem, Das Wirtschaftsstudium (WISU) 21. Jahrgang 1992, S. 97 ff.
- Bauer, Antonie/Illing, Gerhard*, Transaktionskosten und das Coase-Theorem, Das Wirtschaftsstudium (WISU) 21. Jahrgang 1992, S. 933 ff.

- Baur, Jürgen F.*, Aktuelle Probleme des Energierechts: Entwicklungen und Perspektiven in Deutschland und in der Europäischen Union, Baden-Baden 1995.
- Baur, Jürgen F.*, Artikel 90 Absatz 2 EGV und die Binnenmarktrichtlinie für Strom und Gas, Recht der Energiewirtschaft (RdE) 1999, S. 85 ff.
- Beck, Ulrich*, Die Risikogesellschaft, Frankfurt 1986.
- Becker, Gary S.*, Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, 2. Auflage Tübingen 1993.
- Behrens, Peter*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1986.
- Behrens, Peter*, Das Wirtschaftsrecht des Europäischen Binnenmarktes, Juristische Ausbildung (JURA) 1989, S. 561 ff.
- Bellamy, Christopher W./Child, Graham D.*, Common Market Law of Competition, 3. Auflage London 1991.
- Benesch, Rolf*, Die Kompetenzen der EG-Kommission aus Art. 90 Abs. 3 EWG-Vertrag, Köln u.a. 1993.
- Benz, Angelika*, Privatisierung und Deregulierung – Abbau von Staatsaufgaben?, Die Verwaltung (Verw) 1995, S. 337 ff.
- Benz, Angelika*, Privatisierung und Regulierung im Post- und Fernmeldewesen, in: König, Klaus/Benz, Angelika (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997, S. 262 ff.
- Berg, Sanford V./Tschirhart, John*, Natural Monopoly Regulation: principles and practice, Cambridge 1988.
- Bernholz, Peter/Breyer, Friedrich*, Grundlagen der Politischen Ökonomie, Band II, 3. Auflage Tübingen 1994.
- Berthold, Norbert*, Marktversagen, staatliche Intervention und Organisationsformen sozialer Sicherung, in: Rolf, Gabriele (Hrsg.), Sozialvertrag und Sicherung – Zur ökonomischen Theorie staatlicher Versicherungs- und Umverteilungssysteme, Frankfurt/New York 1988, S. 339 ff.
- Bieback, Karl-Jürgen*, Die Kranken- und Pflegeversicherung im Wettbewerbsrecht der EG, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 1999, S. 361 ff.
- Birkenmaier, Dieter*, Gemeinsamer Markt, nationales Interesse und Artikel 90 EWGV, Europarecht (EuR) 1988, S. 144 ff.
- Blankart, Charles B.*, Ökonomie der öffentlichen Unternehmen, München 1980.
- Blankart, Charles B.*, The Contribution of Public Choice to Public Utility Economics – a Survey, in: Finsinger, Jörg (Hrsg.), Public Sector Economics, London u.a. 1983.
- Blankart, Charles B.*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, 3. Auflage München 1998.
- Blankart, Charles B./Knieps, Günter*, Grenzen der Deregulierung im Telekommunikationsbereich? Die Frage des Netzwettbewerbs, in: Seidenfus, Hellmuth (Hrsg.), Deregulierung, eine Herausforderung an die Wirtschafts- und Sozialpolitik in der Marktwirtschaft, Wien 1989, S. 163 ff.
- Bleckmann, Albert*, Der Vertrag über die Europäische Union – Eine Einführung, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1992, S. 335 ff.
- Bleckmann, Albert/Pieper, Stefan U.*, Rechtsetzung und Vollzug des EG-Rechts, in: Dausen, Manfred (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München 1997, Band 1, B. I.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: ders. (Hrsg.), Staat, Gesellschaft, Freiheit – Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1976, S. 185 ff.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Staat und Gesellschaft, in: Staatslexikon. Recht – Wirtschaft – Gesellschaft, Band V, 7. Auflage Freiburg u.a. 1989.
- Börner, Bodo*, Rechtsfragen zu Artikel 90 EWGV, in: Wegerecht und Europäisches Wettbewerbsrecht (WEW), Düsseldorf 1966.

- Bössmann, Eva*, Externe Effekte (I) und (II), Das Wirtschaftsstudium (WISU) 8. Jahrgang 1979, S. 95 ff. und 147 ff.
- Borchmann, Michael*, Regierungskonferenz 2000 – Länder basteln an der „Notbremse“, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2000, Heft 6, Editorial.
- Borotra, Frank*, Faut-il défendre le service public?, Assemblée nationale, 02.10.1995, Rapport d'information Nr. 2260, Paris 1995.
- Bröhmer, Jürgen*, Artikel 56-60 EGV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Neuwied 1999.
- Brohm, Winfried*, Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, S. 281 ff.
- Brown, Stephen J./Sibley, David S.*, The Theory of Public Utility Pricing, 2. Auflage Cambridge 1989.
- Budäus, Torsten/Schiller, Thomas*, Der Amsterdamer Vertrag: Wegbereiter eines europäischen öffentlichen Dienstes?, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU) 2000, S. 94 ff.
- Bull, Hans P.*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Frankfurt a.M. 1973.
- Bunte, Hermann-Josef*, Artikel 85 EGV, in: Langen, Eugen/ders. (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Neuwied u.a. 1998.
- Burgi, Martin*, Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, Europarecht (EuR) 1997, S. 261 ff.
- Burkert, Thomas/Hirsch, Martin*, Artikel 85 EGV, in: Gleiss, Alfred/Hirsch, Martin (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Kartellrecht, Band 1, 4. Auflage Heidelberg 1993.
- Bußhoff, Heinrich*, Der Staat als politisches System – Überlegungen zu einem (möglichen) Testfall für die Systemtheorie, in: Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?, Baden-Baden 1993, S. 121 ff.
- Calliess, Christian*, Artikel 5 EGV, in: ders./Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999.
- Cassese, Sabino*, Les services publics en Italie, in: CEEP (Hrsg.), Europe, concurrence et service public, Brüssel 1995, S. 109 ff.
- Catalano, Nicola*, Application des dispositions du Traité CEE (et notamment des règles de concurrence) aux entreprises publiques, in: Aubin, Gerhard/von Caemmerer, Ernst u.a. (Hrsg.), Festschrift für Otto Riese aus Anlaß seines 70 Geburtstags, Karlsruhe 1964, S. 133 ff.
- Celestine, Patrick/Felsner, Marcus*, Öffentliche Unternehmen, Privatisierung und service public in Frankreich, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 1997, S. 105 ff.
- CEEP*, Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen - Vorschläge des CEEP zur Änderung des EG-Vertrages und für eine Europäische Charta, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU) 1995, S. 455 ff.
- CEEP*, Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft, Band 15, Berlin 1996.
- Champeil-Desplats, Véronique*, „Valeurs communes“ et „cohésion sociale et territoriale“: vers la reconnaissance de nouvelles justifications pour les services d'intérêt économique général?, Rapport pour le séminaire européen cohésion sociale et solidarité territoriale: forger les services européens d'intérêt général, Brüssel 1999.
- Chapus, René*, Droit Administratif Général, Paris 1992.
- Chung, Chan-Mo*, Recent Developments in EC Postal Liberalisation, European Competition Law Review (ECLR) 1994, S. 217 ff.
- Classen, Claus D.*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, Zeitschrift für Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 1995, S. 97 ff.
- Commissariat général du plan*, Service publics: question d'avenir. Rapport de la commission présidée par Christian Stoffaes, Paris 1995.

- Constantinesco, Vlad*, Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip für die politische Union, *Integration* 1990, S. 165 ff.
- Cox, Helmut*, Entscheidungskriterien und Prinzipien für öffentliche Dienste – Thesen zur Zukunft der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union, in: ders. (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, Baden-Baden 1996, S. 13 ff.
- Cox, Helmut*, Europäischer Binnenmarkt und Telekommunikations- und Postreform in Deutschland, in: ders. (Hrsg.), *Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union*, 1996, Band 2, S. 83 ff.
- Cox, Helmut*, Öffentliche Dienstleistungen und europäische Wettbewerbsordnung. Das europäische Gemeinschaftsrecht unter dem Einfluss des Service Public Gedankens, *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik (H.J.W.G.)* 1996, S. 161 ff.
- Cox, Helmut*, Die Gewährleistung öffentlicher Dienstleistungen durch Regulierung im sog. Allgemeininteresse oder durch öffentliches Eigentum? Eine Betrachtung neuerer Entwicklungen der öffentlichen Wirtschaft unter Aspekten des institutionellen Wettbewerbs, in: *Forschungsgruppe öffentliche Wirtschaft (Hrsg.)*, *Diskussionsbeiträge zur öffentlichen Wirtschaft* Nr. 46, Duisburg 1999.
- Cremer, Wolfram*, Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit, *Europarecht (EuR)* 1996, S. 225 ff.
- Cremer, Wolfram*, Artikel 87 EGV, in: *Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.)*, *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Neuwied 1999.
- Dausies, Manfred A.*, Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes, (*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*) 1990, S. 8 ff.
- Dehousse, Franklin*, Editorial: Le Traité d'Amsterdam – Reflet de la nouvelle Europe, *Cahiers de droit européen (CDE)* 1997, S. 264 ff.
- Demmler, Horst*, *Grundlagen der Mikroökonomie*, 3. Auflage München/Wien 1996.
- Denoix de Saint Marc, Renaud*, *Le service public. Rapport au Premier ministre. Mission présidée par Renaud Denoix de Saint Marc*, Paris 1996.
- Deregulierungskommission*, *Markttöffnung und Wettbewerb*, Stuttgart 1991.
- Deringer, Arved*, Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft – Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln nebst Durchführungsverordnungen und Richtlinien, Loseblatt-Ausgabe mit Nachtragslieferungen der Zeitschrift für Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht (WuW), Düsseldorf 1962 bis 1967.
- Deringer, Arved*, The Interpretation of Article 90 (2) of the E.E.C. Treaty, *Common Market Law Review (CMLR)* 1964, S. 129 ff.
- Deringer, Arved*, Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen, *Gemeinschaftsbericht Fédération Internationale pour le Droit Européen (F.I.D.E.)* vom 8. Kongreß 1978, Volume 2, Kopenhagen 1978.
- Des Guayo Castiella, Inigo/Pielow, Johann-Christian*, Das spanische Konzept des servicio público, *Recht der Energiewirtschaft (RdE)* 1995, S. 225 ff.
- De Weerth, Jan*, EG-Recht und direkte Steuern, *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW)* 1997, S. 482 ff.
- DEXIA*, *Local Public Companies in the fifteen countries of the European Union and in Norway*, Paris 1999.
- Dirksen, Dirk*, Artikel 86 EGV, in: *Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.)*, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Neuwied u.a. 1998.
- Dohms, Rüdiger*, Unternehmen nach Artikel 90 EG-Vertrag, in: *Wiedemann, Gerhard (Hrsg.)*, *Handbuch des Kartellrechts*, München 1999.
- Dreher, Meinrad*, Der Rang des Wettbewerbs im Europäischen Gemeinschaftsrecht, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 1998, S. 656 ff.

- Ebels, Rainer/Maaßen, Joseph*, Gemeinwirtschaft - Kritik an der Lehre von den gemeinwirtschaftlichen Institutionen im Rahmen einer systematisierten Darstellung und kritischen Würdigung der historischen Gemeinwirtschaftskonzeptionen, Trier 1987.
- Ebenroth, Carsten T./Strittmatter, Marc*, Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht im Markt der Europäischen Union, Heidelberg 1995.
- Ebert, Werner/Noll, Werner*, Organisationswandel aus verändertem Verständnis öffentlicher Aufgaben – Geeignete Institutionen aus spieltheoretischer Sicht, in: Budäus, Dietrich (Hrsg.), Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, Baden-Baden 1998, S. 61 ff.
- Ebert, Werner/Noll, Werner*, Öffentliche Dienstleistungen in einem globalisierten ökonomischen Umfeld, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU) 1999, S. 290 ff.
- Eckert, Tilman*, Die Befugnisse der EG-Kommission gemäß Artikel 90 III EWGV und ihre Grenzen, München 1992.
- Edward, David/Hoskins, Mark*, Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections arising from the XVI FIDE Conference, Common Market Law Review (CMLR) 1995, S. 157 ff.
- Edwards, Corwin*, Big Business and the Policy of Competition, Cleveland 1956.
- Ehlermann, Claus-Dieter*, The Internal Market following the Single European Act, Common Market Law Review (CMLR) 1987, S. 361 ff.
- Ehlermann, Claus-Dieter*, Der Beitrag der Wettbewerbspolitik zum Europäischen Binnenmarkt, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1992, S. 5 ff. (Englische Fassung: The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market, Common Market Law Review (CMLR) 1992, S. 257 ff.).
- Ehlermann, Claus-Dieter*, Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften und die öffentlichen und gemeinwirtschaftlichen Unternehmen, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU) 1992, S. 377 ff.
- Ehlermann, Claus-Dieter*, Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Union, European Competition Law Review (ECLR) 1993, S. 61 ff.
- Ehlermann, Claus-Dieter*, Role of the European Commission as regards National Energy Policies, Journal of Energy & Natural Resources Law (J.E.N.R.L.) 1994, S. 342.
- Ehrlicke, Ulrich*, Der Artikel 90 EGV - Eine Neubetrachtung, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1993, S. 211 ff.
- Ehrlicke, Ulrich*, Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV, Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht (EuZW) 1998, S. 741 ff.
- Eickhof, Norbert*, Theorien des Markt- und Wettbewerbsversagens, Wirtschaftsdienst 1986, S. 468 ff.
- Eifert, Martin*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, Baden-Baden 1998.
- Elsenbast, Wolfgang*, Universaldienst unter Wettbewerb: ökonomische Analyse neuer regulierungspolitischer Ansätze zur Sicherstellung der postalischen Infrastrukturversorgung, Baden-Baden 1999.
- Emmerich, Volker*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Berlin 1969.
- Emmerich, Volker*, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, Frankfurt a.M. 1970.
- Emmerich, Volker*, Die deutsche Versorgungswirtschaft in der Wettbewerbsordnung der Europäischen Gemeinschaft, in: Erdmann, Willy/Mees, Hans-Kurt/Piper, Henning (Hrsg.), Festschrift für Otto-Friedrich Freiherr von Gamm, Köln 1990, S. 581 ff.
- Emmerich, Volker*, Wettbewerbsregeln, in: Dausen, Manfred A. (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattkommentar, Band 2, München 1996.
- Emmerich, Volker*, Artikel 85 EGV, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.) EG-Wettbewerbsrecht – Kommentar, Band 1, München 1997.

- Emmerich, Volker*, Kartellrecht, 8. Auflage München 1999.
- Endres, Alfred*, Ökonomische Grundlagen des Haftungsrechts, Heidelberg 1991.
- Endres, Alfred*, Umweltökonomie, Darmstadt 1994.
- Epiney, Astrid*, Artikel 31 EGV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Neuwied 1999.
- Erdmenger, Jürgen*, Artikel 77 EGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, 5. Auflage Baden-Baden 1997.
- Eucken, Walter*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Auflage Tübingen 1990.
- Europäische Kommission*, Fernsehen ohne Grenzen – Grünbuch über die Errichtung des gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel, KOM (1984), 300 endg.
- Europäische Kommission*, Auf dem Weg zu einer europäischen Infrastruktur – ein gemeinschaftliches Aktionsprogramm, KOM (1990) 585 endg., Brüssel/Luxemburg 1990.
- Europäische Kommission*, 20. Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1990, Brüssel/Luxemburg 1991.
- Europäische Kommission*, 21. Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1991, Brüssel/Luxemburg 1992.
- Europäische Kommission*, 22. Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1992, Brüssel/Luxemburg 1993.
- Europäische Kommission*, 24. Bericht über die Wettbewerbspolitik – Berichtszeitraum 1994, Brüssel/Luxemburg 1995.
- Europäische Kommission*, Die optimale Gestaltung des Binnenmarktes, KOM (1993), 632 endg., Brüssel/Luxemburg 1993.
- Europäische Kommission*, Zusammenarbeit der Verwaltungen bei der Anwendung und Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts für den Binnenmarkt, KOM (1994), 29 endg., Brüssel/Luxemburg 1994.
- Europäische Kommission*, Der Binnenmarkt 1994, KOM (1995) 238 endg., Brüssel/Luxemburg 1995.
- Europäische Kommission*, Der Binnenmarkt 1995, KOM (1996), 51 endg., Brüssel/Luxemburg 1996.
- Europäische Kommission*, Weißbuch zur Vorbereitung der mittel- und osteuropäischen Länder im Hinblick auf ihre Integration in den Binnenmarkt der Europäischen Union, KOM (1995), 163 endg., Brüssel/Luxemburg 1995.
- Europäische Kommission*, Mitteilung über Wirkung und Wirksamkeit der Binnenmarktmaßnahmen, KOM (1996) 520 endg., Brüssel/Luxemburg 1996.
- Europäische Kommission*, Für Beschäftigung in Europa: Ein Vertrauenspakt, Bulletin EU, 4-1996, S. 11 ff.
- Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG 1996 Nr. C 281/03.
- Europäische Kommission*, Stärkung der Politischen Union und Vorbereitung der Erweiterung – Stellungnahme der Kommission zur Einberufung der Regierungskonferenz, KOM (1996) 90 endg., Brüssel/Luxemburg 1996.
- Europäische Kommission*, Bewertung des Binnenmarkt - Aktionsplan, KOM (1999), 74 endg., Brüssel/Luxemburg 1999.
- Everling, Ulrich*, Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche – Jahrbuch 1987, München 1987, S. 67 ff.
- Everling, Ulrich*, Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Pescatore, Pierre/Capotorti, Francesco (Hrsg.), Du droit international au droit de l'intégration - liber amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden 1987, S. 227 ff.

- Everling, Ulrich*, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin u.a. 1990, S. 1155 ff.
- Everling, Ulrich*, Wirtschaftsverfassung und Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, in: Immenga, Ulrich/Möschel, Wernhard/Reuter, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1996, S. 365 ff.
- Everling, Ulrich*, Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot – Tragweite und Grenze, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Gedenkschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 607 ff.
- Feess, Eberhard*, Mikroökonomie – Eine spieltheoretische und anwendungsorientierte Einführung, Marburg 1997.
- Fehling, Michael*, Mitbenutzungsrechte Dritter bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen vor dem Hintergrund staatlicher Infrastrukturverantwortung, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1996, S. 59 ff.
- Feintuck, Mike*, La régulation des services publics en Grande-Bretagne, Passé, présent et avenir en Europe, in: CEEP (Hrsg.), Europe, concurrence et service public, Brüssel 1995, S. 131 ff.
- Ferrari, Karl*, Die italienische Versorgungswirtschaft, in: Tettinger, Peter J. (Hrsg.), Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa, Stuttgart u.a. 1996, S. 47 ff.
- Fesenmair, Joseph*, Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht – Eine juristisch-ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Theorie der natürlichen Monopole, Berlin 1996.
- Fikentscher, Wolfgang*, Weltwirtschaftsrecht, Europäisches Wirtschaftsrecht, München 1983.
- Finsinger, Jörg*, Wettbewerb und Regulierung, München 1991.
- Fischer, Wolfram*, Handbuch der europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte V, Europäische Wirtschafts- und Sozialgeschichte von der Mitte des 19. Jahrhunderts bis zum Ersten Weltkrieg, Stuttgart 1985.
- Fischerhof, Hans*, Europäisches Wettbewerbsrecht und Energiewirtschaft, Der Betriebs-Berater (BB) 1962, S. 783 ff.
- Fiquet, Alain*, Das französische System des Service public unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft, in: Hüffer, Uwe/Ipsen, Knut/Tettinger, Peter J. (Hrsg.), Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa, Stuttgart u.a. 1996, S. 15 ff.
- Forsthoff, Ernst*, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart u.a. 1938.
- Forsthoff, Ernst*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts – Band I: Allgemeiner Teil, München u.a. 1950.
- Forsthoff, Ernst*, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Köln 1958.
- Forsthoff, Ernst*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959.
- Forsthoff, Ernst*, Der Staat der Industriegesellschaft: dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, München 1971.
- Forwood, Nicholas/Clough, Mark*, The Single European Act and Free Movement – Legal Implications of the Provisions for the Completion of the Internal Market, European Law Review (ELR) 1986, S. 383 ff.
- Foster, Christopher D./Plowden, Francis J.*, The State under Stress: Can the hollow state be good government?, Buckingham 1996.
- Frank, Robert H.*, Microeconomics and Behaviour, New York 2000.
- Frenz, Walter*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EG, Europarecht (EuR) 2000, S. 901 ff.
- Frey, Bruno S.*, Ökonomie ist Sozialwissenschaft, München 1990.
- Fritsch, Michael*, Ökonomische Ansätze zur Legitimation kollektiven Handelns, Berlin 1983.
- Fritsch, Michael/Wein, Thomas*, Coase contracts and the producer's incentive to innovate, Freiburger Arbeitspapiere 98/5, Freiberg 1998.

- Fritsch, Michael/Wein, Thomas/Ewers, Hans-Jürgen*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 3. Auflage München 1999.
- Frömke, Peter*, Die Stellung der Kreditinstitute im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und Artikel 90 Absatz 2 EWG – Studie zum Bank- und Börsenrecht, Baden-Baden 1987.
- Frohnmeier, Albrecht*, Artikel 73 EGV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), EUV/EGV, München 1996.
- Gärtner, Wolfram*, Die Transparenz der Finanzbeziehungen innerhalb der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB) 1998, S. 6 ff.
- Garnham, Nicholas/Mansell, Robin*, Universal Service and Rate Restructuring in Telecommunications, in: OECD (Hrsg.), Information Computer Communications Policy (ICCP), No. 23, Paris 1991.
- Geigant, Friedrich/Sobotka, Dieter/Westphal, Horst*, Lexikon der Volkswirtschaft, 6. Auflage Landsberg/Lech 1994.
- Gerloff, Thomas*, Privatisierung und Regulierung aus der Sicht der Deutschen Post AG als betroffenem Unternehmen, in: König, Klaus/Benz, Angelika (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997, S. 221 ff.
- Giddens, Antony*, Jenseits von Links und Rechts, Frankfurt 1997.
- Giersch, Herbert*, Allgemeine Wirtschaftspolitik – Grundlagen, Wiesbaden 1961
- Gleiss, Alfred/Hirsch, Martin*, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Auflage Heidelberg 1978.
- Goerlich, Helmut*, Das Dienstleistungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft - Bericht über das X. Wissenschaftliche Kolloquium der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht am 9. Und 10.10.1986 in Bad Ems, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1986, S. 1192 ff.
- Götz, Volkmar*, Subventionsrecht, in: Dausen, M. (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München 1996, H. III ff.
- Gosalbo Bono, Ricardo*, Les politiques et actions communautaires, Revue trisemestrielle de droit européen (R.T.D.E.) 1997, S. 769 ff.
- Grabitz, Eberhard/von Bogandy, Armin*, Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt – Statik und Dynamik des Europäischen Marktes, Juristische Schulung (JuS) 1990, S. 170 ff.
- Grande, Edgar*, Entlastung des Staates durch Liberalisierung und Privatisierung?, in: Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?, Baden-Baden 1993, S. 371 ff.
- Grill, Gerhard*, Artikel 86 EGV, in: Lenz, Carl O. (Hrsg.), EG-Vertrag Kommentar, Köln 1999.
- Grimm, Dieter*, Vorwort, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 9 ff.
- Grimm, Dieter*, Staatsaufgaben – Eine Bilanz, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 771 ff.
- Gröner, Helmut/Smeets, Heinz-Dieter*, Regulierung in der leistungsgebundenen Energiewirtschaft, in: Krakowski, Michael (Hrsg.), Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland – Die Ausnahmebereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Hamburg 1988, S. 117 ff.
- Gröttrup, Hendrik*, Die kommunale Leistungsverwaltung – Grundlagen der gemeindlichen Daseinsvorsorge, Stuttgart u.a. 1976.
- Gruson, Michael*, Zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zur Sicherung der Anleihen der Landesbanken, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1997, S. 357 ff.
- Hack, Hans*, Zur Auslegung des Artikels 90 Absatz 2 EWGV und dessen Bedeutung für die Elektrizitätswirtschaft, Mainz 1966.
- Häde, Ulrich*, Artikel 4 EGV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zu EU- Vertrag und EG- Vertrag, Neuwied 1999.

- Hagenah, Evelyn*, Die Forschungsgruppe „Staatsaufgaben“ am Zentrum für interdisziplinäre Forschung an der Universität Bielefeld, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 1989, S. 389 ff.
- Hailbronner, Kay*, Rechtstellung und Tätigkeitsbereich der öffentlich-rechtlichen Pflicht- und Monopolversicherungsanstalten in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1991.
- Hailbronner, Kay*, Rechtstellung und Tätigkeitsbereich der öffentlich-rechtlichen Pflicht- und Monopolversicherungsanstalten in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1991.
- Hailbronner, Kay*, Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt – Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1991, 593 ff.
- Hailbronner, Kay*, Artikel 60 EGV, in: ders./Klein, Eckart/Magiera, Sigfried/Müller-Graff, Peter-Christian, Handkommentar zum EU- und EG-Vertrag, Loseblattsammlung, Köln 1997.
- Hailbronner, Kay/Nachbaur, Andreas*, Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1992, S. 105.
- Hamm, Walter*, Privatisierung – Ein Schlüsselproblem freiheitlicher Ordnungen, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (ORDO) 1992, S. 139 ff.
- Hanusch, Horst/Kuhn, Thomas*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Berlin 1998.
- Haverkate, Görg*, in: ders./Weiss, Manfred/Huster, Stefan/Schmidt, Marlene (Hrsg.), Casebook zum Arbeits- und Sozialrecht der EU, 1. Auflage Baden-Baden 1999, Fall 9, S. 267 ff.
- Haverkate, Görg/Huster, Stefan*, Europäisches Sozialrecht, Baden-Baden 1999
- Hayder, Roberto*, Neue Wege der Europäischen Rechtsangleichung? – Die Auswirkungen der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 1989, S. 622 ff.
- Heinemann, Andreas*, Staatliche Monopole im EG-Vertrag, München 1996.
- Heinze, Meinhard*, Europarechtliche Rahmenbedingungen der deutschen Sozialversicherung, Die Berufsgenossenschaft (BG) 1995, S. 89 ff.
- Hermes, Georg*, Staatliche Infrastrukturverantwortung: Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998.
- Himmelmann, Gerhard*, Geschichtliche Entwicklung der öffentlichen Wirtschaft, in: Brede, Helmut/v. Loesch, Achim, Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1986.
- Hochbaum, Ingfried F.*, Artikel 37 EGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, 5. Auflage Baden-Baden 1997.
- Hochbaum, Ingfried F.*, Artikel 90 EWGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Band 2, 4. Auflage Baden-Baden 1991.
- Hochbaum, Ingfried F.*, Artikel 222 EWGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Band 4, 4. Auflage Baden-Baden 1991.
- Hochbaum, Ingfried F.*, Artikel 90 EGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EG-Vertrag, Band 2, 5. Auflage Baden-Baden 1999.
- Hoppmann, Erich*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 1988.
- Huth, Klaus-Dieter*, Die Sonderstellung der öffentlichen Hand in den Europäischen Gemeinschaften, Hamburg 1965.
- Immenga, Ulrich*, Wettbewerbspolitik contra Industriepolitik nach Maastricht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1994, S. 14 ff.

- Ipsen, Hans-Peter/Nicolaysen, Gert*, Öffentliche Unternehmen im Gemeinsamen Markt und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1964, S. 2336 ff.
- Isensee, Josef*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, Heidelberg 1988, S. 3 ff.
- Jaensch, Michael*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten – Eine Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Artikel 30, 48, 52, 59 73b EGV, Baden-Baden 1997.
- Jarass, Hans D.*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, Europarecht (EuR) 1995, S. 202 ff.
- Jestaedt, Thomas*, § 103 GWB, in: Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Neuwied u.a. 1998
- Jickeli, Joachim*, Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips, Juristenzeitung (JZ) 1995, S. 57 ff.
- Jimenez-Blanco, Arancha*, Les services publics en Espagne, in: CEEP (Hrsg.), Europe, concurrence et service public, Brüssel 1995, S. 163 ff.
- Jochimsen, Reimut*, Theorie der Infrastruktur, Tübingen 1966.
- Jung, Christian*, Artikel 73, 86 EGV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999.
- Jungbluth, Armin*, Artikel 98 GWB, 90 EGV, in: Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Neuwied u.a. 1998.
- Kahl, Wolfgang*, Artikel 14 EGV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999.
- Kahlenberg, Harald*, Zur EG-rechtlichen Zulässigkeit von Ausländerklauseln im Sport, Zeitschrift für Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 1994, S. 423 ff.
- Kahn, Alfred E.*, The Economics of Regulation – Principles and Institutions, Cambridge 1988.
- Kantzenbach, Erhard*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl. Göttingen 1967.
- Kantzenbach, Erhard/Kallfaß, Hermann*, Das Konzept eines funktionsfähigen Wettbewerbs – workable competition, in: Cox, Helmut u.a. (Hrsg.) Handbuch des Wettbewerbs, München 1981.
- Kapp, Thomas*, Artikel 86 EGV, in: Glassen, Helmut/v. Hahn, Helmuth/Kersten, Hans-Christian/Rieger, Harald (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Band 5, Köln 1999.
- Karl, Helmut*, Transeuropäische Netze: Die infrastrukturpolitischen Aufgaben der EU, Bonn 1997.
- Karpenstein, Ulrich*, Der Vertrag von Amsterdam im Lichte der Maastricht-Entscheidung des BVerfG, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1998, S. 942.
- Kaufer, Erich*, Theorie der öffentlichen Regulierung, München 1981.
- Kaufmann, Franz-Xaver*, Diskurse über Staatsaufgaben, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 15 ff.
- Kaysen, Carl/Turner, Donald F.*, Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis, Cambridge (Mass.) 1959.
- Keller, Jan*, Service public und Artikel 86 Absatz 2 EGV, Frankfurt a.M. 1999.
- Kerber, Markus*, Vers une révision du traité de Rome au nom du service public dans le débat européen?, in: Fondation „Europe et Société (Hrsg.), Les Cahiers de la fondation „Europe et Société“, Nr. 46, Paris 1998, S. 23 ff.
- Kerf, Michel*, The Policy of the Commission of the E.E.C. Toward National Monopolies – An Analysis of the Measures adopted on the Basis of Article 90 § 3 of the E.E.C. Treaty, World Competition (WC) 1993, S. 73 ff.
- Keynes, John M.*, Das Ende des Laisser-faire, München u.a. 1926.

- Kingreen, Thorsten*, Artikel 295 EGV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, Neuwied 1999.
- Klein, Hans H.*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart u.a. 1968.
- Klein, Hans H.*, Daseinsvorsorge, Leistungsverwaltung, in: Herzog, Roman/Kunst, Hermann (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 1987, Band I, Sp. 427 ff.
- Kluth, Winfried*, Artikel 50 EGV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999.
- Knemeyer, Esther*, Die Etablissements publics im französischen Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1996.
- Koboldt, Christian/Leder, Matthias/Schmidtchen, Dieter*, Die ökonomische Analyse des Rechts, Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt), 21. Jahrgang 1992, S. 334 ff.
- Koch, Norbert*, Artikel 85 EGV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), EUV/EGV, München 1994.
- Koenig, Christian*, Öffentlichrechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EGV?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1995, S. 595 ff.
- Koenig, Christian/Sander, Claude*, Zur Beihilfenaufsicht über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nach Artikel 93 EGV, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1995, S. 363 ff.
- König, Klaus*, Entwicklung der Privatisierung in der Bundesrepublik Deutschland, Verwaltungsarchiv (VerwArch) 1988, S. 241 ff.
- König, Klaus*, Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private: Eine europäische Sicht, Verwaltungsarchiv (VerwArch) 1990, S. 436 ff.
- König, Klaus*, Der Verwaltungstaat im Übergang, Verwaltungsarchiv (VerwArch) 1997, S. 545 ff.
- König, Klaus/Benz, Angelika*, Privatisierung und staatliche Regulierung – Eine Zwischenbilanz, in: dieselben (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997, S. 606 ff.
- König, Klaus/Theobald, Christian*, Liberalisierung und Regulierung netzgebundener Güter und Dienste, in: Grupp, Klaus/Ronellenfisch, Michael (Hrsg.), Planung- Recht- Rechtsschutz: Festschrift für Willy Blümel zum 70. Geburtstag am 06.01.1999, Berlin 1999, S. 277 ff.
- Kohlstedt, Alexander*, Transeuropäische Netze für die Informationsgesellschaft: Die europäische Infrastruktur- und Wachstumsinitiative im Weißbuch der EU-Kommission, Sinsheim 1996.
- Kovar, Robert*, Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée, Revue trisemestrielle de droit européen (R.T.D.E.) 1996, S. 215 ff. und 493 ff.
- Krakowski, Michael*, Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland – Die Ausnahmebereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Hamburg 1988.
- Krenzler, Horst G.*, Zwischen Protektionismus und Liberalismus – Europäischer Binnenmarkt und Drittlandsbeziehungen, Europa-Archiv (EA) 1988, S. 241 ff.
- Krüger, Herbert*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Stuttgart u.a. 1966.
- Krüger, Herbert*, Marktwirtschaftliche Ordnung und öffentliche Vorhaltung der Verkehrswege Frankfurt a.M. u.a. 1969.
- Kruse, Jörn*, Ökonomie der Monopolregulierung, Göttingen 1985.
- Külpe, Bernhard*, Wohlfahrtsökonomie I – Die Wohlfahrtskriterien, Tübingen/Düsseldorf 1975.
- Külpe, Bernhard*, Wohlfahrtsökonomie II – Maßnahmen und Systeme, Tübingen/Düsseldorf 1976.
- Kunz-Hallstein, Peter*, Internationale Organisationen im Rechtsverkehr, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1994, S. 402 ff.
- Lackhoff, Klaus*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV - nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, Berlin 2000.
- Ladeur, Karl-Heinz*, Art. 19 Abs. 3 GG, in: Denniger, Erhard (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz – Alternativkommentar, 2. Auflage Neuwied 1989.
- Lancaster, Kelvin J.*, Moderne Mikroökonomie, 4. Auflage Frankfurt/New York 1991.

- Langguth, Gerd*, Artikel 5 EGV, in: Lenz, Carl O. (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, 2. Auflage Köln 1999.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage Berlin u.a. 1991.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Auflage Heidelberg 1995.
- Lecheler, Helmut*, Die Versorgung mit Strom und Gas als 'service public' und die Bedeutung der service-public Doktrin für Artikel 90 Abs. 2 EGV, Recht der Energiewirtschaft (RdE) 1996, S. 212 ff.
- Lecheler, Helmut*, Die Fortentwicklung des Rechts der Europäischen Union durch den Amsterdam-Vertrag, Juristische Schulung (JuS) 1998, S. 392 ff.
- Lecheler, Helmut/Gundel, Jörg*, Die Rolle von Artikel 90 Absatz 2 und Absatz 3 EGV in einem liberalisierten Energiemarkt – Zur Bedeutung der EuGH Entscheidungen vom 23.10.1997 für die Zukunft, Recht der Energiewirtschaft (RdE) 1998, S. 92 ff.
- Le Nestour, Chantal/Zinow, Bernd-Michael*, Rechtsfragen des 'service public', Recht der Energiewirtschaft (RdE) 1994, S. 133 ff. und S. 170 ff.
- Lenz, Carl O.*, Artikel 14 EGV, in: ders. (Hrsg.), Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, 2. Auflage Köln 1999.
- Lerche, Peter*, Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit, Köln u.a. 1961.
- Litpher, Markus*, Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH vom 23.10.1997 zu den Import- und Exportmonopolen, Recht der Energiewirtschaft (RdE) 1998, S. 72 ff.
- Löwer, Wolfgang*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, Köln u.a. 1989.
- Luckenbach, Helga*, Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik, München 1986
- Lurger, Brigitta*, Regulierung und Deregulierung im europäischen Privatrecht, Frankfurt a.M. 1997.
- Mailänder, Peter*, Wettbewerbsfragen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Müller-Henneberg, Hans/Schwartz, Gustav (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht – Gemeinschaftskommentar; 3. Auflage Köln u.a. 1978.
- Malzer, Georg*, EWG-Kartellrecht und Energieversorgung, Zeitschrift für Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1963, S. 203 ff.
- Marenco, Giuliano*, Public Sector and Community Law, Common Market Law Review (CMLR) 1983, S. 495 ff.
- Martin, Hans-Peter/Schumann, Harald*, Die Globalisierungsfalle, Reinbek 1997.
- Martinand, Claude*, Le service public en France et en Europe – un double effort de reconstruction indispensable, Revue des affaires européennes (R.A.E.) 1994, S. 80 ff.
- Massing, Ortwin*, Souveränität – Ein unverzichtbarer Anachronismus?, in: Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?, 1. Auflage Baden-Baden 1993, S. 51 ff.
- Matschoss, Conrad*, Friedrich der Große als Beförderer des Gewerbefleißes, Berlin 1912.
- Matthies, Heinrich/von Borries, Reimer*, Artikel 37 EGV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), EUV/EGV, München 1996.
- Maunz, Theodor*, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, Verwaltungsarchiv (VerwArch) 1959, S. 315 ff.
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage München 1999.
- Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht II, 3. Auflage München u.a. 1924.
- Mayntz, Renate*, Zur Entwicklung technischer Infrastruktursysteme, in: Mayntz, Renate u.a. (Hrsg.), Differenzierungen und Verselbständigung – Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme, Frankfurt a.M. 1988, S. 233 ff.
- McGowan, Francis*, The consequences of competition for European public utilities, Revue des affaires européennes (R.A.E.), 1994, S. 92 ff.

- Meierhofer, Hans*, Privatisierung und Regulierung aus der Sicht des deutschen Bundesamtes für Post und Telekommunikation als Regulierungsbehörde, in: König, Klaus/Benz, Angelika (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997, S. 210 ff.
- Merten, Detlef*, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: ders. (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 2. Auflage Berlin 1994, S. 77 ff.
- Mescheriakoff, Alain-Serge*, Droit des Services Publics, Paris 1997.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa, in: ders. (Hrsg.), Eine Ordnungspolitik für Europa – Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag, Baden-Baden 1987, S. 9 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht – Zur Bedeutung von Art. 90 EWGV, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 1988, S. 526 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, in: Ruland, Franz/von Maydell, Bernd/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats - Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1997, S. 635 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Artikel 37, 90 EGV, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band 2, München 1997.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln (FIW) (Hrsg.), Erfahrungen mit der Privatisierung von Monopolunternehmen, Heft 179, Köln u.a. 1999, S. 71 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Soziale Marktwirtschaft und Europäisierung des Rechts, in: Nörr, Knut W./Starbatty, Joachim, Soll und Haben – 50 Jahre Soziale Marktwirtschaft, Stuttgart 1999, S. 129 ff.
- Meyring, Silvano R*, When is a Statutory Monopoly contrary to the E.C. Treaty?, European Law Review (ELR) 1998, S. 364 ff.
- Mieck, Ilja*, Europäische Wirtschafts- und Sozialgeschichte von der Mitte des 17. Jahrhunderts bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, in: ders. (Hrsg.), Handbuch der europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte IV, Stuttgart 1993.
- Mikroulea, Alexandra*, Wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten und EWG-Vertrag – ihre Vereinbarkeit am Beispiel der Banken, 1. Auflage Baden-Baden 1995.
- Möschel, Wernhard*, Das Wirtschaftsrecht der Banken, Frankfurt am Main 1972.
- Möschel, Wernhard*, Zur wettbewerbstheoretischen Begründbarkeit von Ausnahmereichen, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (ORDO), Band 32, Stuttgart/New York 1981, S. 85 ff.
- Möschel, Wernhard*, Privatisierung, Deregulierung, Wettbewerbsordnung, Juristenzeitung (JZ) 1988, S. 885 ff.
- Möschel, Wernhard*, Neuere Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht, in: Everling, Ulrich/Narjes, Karl-Heinz/Sedemund, Jochim (Hrsg.), Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht – Festschrift für Arved Deringer, Baden-Baden 1993, S. 328 ff.
- Möschel, Wernhard*, Wird die effet-utile Rechtsprechung des EuGH inutile?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, S. 1709 f.
- Möschel, Wernhard*, Privatisierung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute?, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. (FIW) (Hrsg.), Erfahrungen mit der Privatisierung von Monopolunternehmen, Köln u.a. 1999, S. 39 ff.
- Möschel, Wernhard*, Europäisches Kartellrecht in liberalisierten Wirtschaftssektoren, Zeitschrift für Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1999, S. 832 ff.

- Mombaur, Peter M*, Daseinsvorsorge in Gemeinden und Kreisen, in: von Mutius, Albert (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft – Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg-Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 503 ff.
- Monopolkommission*, Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 TKG und § 44 PostG, Baden-Baden 2000.
- Monti, Mario*, Der Binnenmarkt und das Europa von Morgen – Ein Bericht der Europäischen Kommission, Luxemburg 1997.
- Mühlenkamp, Holger*, Öffentliche Unternehmen: Einführung unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher, volkswirtschaftlicher und rechtlicher Aspekte, München 1994.
- Müller, Joachim A.*, Dienstleistungsmonopole im System des EWG-Vertrages, Baden-Baden 1988.
- Müller, Jürgen/Vogelsang, Ingo*, Staatliche Regulierung – Regulated Industries in den USA und Gemeinwohlbindung in wettbewerblichen Ausnahmereichen in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1979.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, Tübingen 1984.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 1988, S. 403 ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen, in: Leßmann, Herbert/Großfeld, Bernhard/Vollmer, Lothar (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Lukes, Berlin u.a. 1989, S. 471.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, Europarecht (EuR) 1989, S. 107 ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Binnenmarktziel und Rechtsordnung – Binnenmarktrecht, Bergisch Gladbach/Köln 1989.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Die Regeln der Technik im Binnenmarkt, in: ders. (Hrsg.), Technische Regeln im Binnenmarkt, 1. Auflage Baden-Baden 1991, S. 7 ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Eastern Central Europe and the European Communities: Legal Adaption to the Market Economy, in: ders. (Hrsg.), Eastern Central Europe and the European Communities: Legal Adaption to the Market Economy, Baden-Baden 1993, S. 7 ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Artikel 85 EGV, in: Hailbronner, Kay/Klein, Eckart/Magiera, Siegfried/Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union (EUV/EGV), Loseblatt, Köln u.a. 1994.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 1995, S. 34 ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Verfassungsordnung der EU/EG, in: Dausen, Manfred (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattkommentar, Band 1, München 1999.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Artikel 30-36 EGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, 5. Auflage Baden-Baden 1997.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?, Europarecht (EuR) 1997, S. 433 ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian/Zuleeg, Manfred*, Staat und Wirtschaft in der EG, Baden-Baden 1987.
- Müller-Graff, Peter-Christian/Zehetner, Franz*, Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Linz 1991.
- Musgrave, Richard A./Musgrave, Peggy B./Kullmer, Lore*, Die öffentlichen Finanzen in Theorie und Praxis, 1. Band, 5. Auflage Tübingen 1990.
- Mussler, Werner*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel, Baden-Baden 1998.

- Nett, Lorenz*, Ein wohlfahrtsökonomischer Vergleich zweier institutioneller Arrangements zur Gewährleistung eines Universaldienstes, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU) 1999, S. 332 ff.
- Nett, Lorenz/Neu, Werner*, Die Gewährleistung eines Universaldienstes und die Bestimmung der Universaldienstkosten bei Wettbewerb im Telekommunikationsbereich, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU) 1999, S. 134 ff.
- Nipperdey, Hans Carl*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 2. Auflage Köln u.a. 1961.
- Obermann, Gabriel*, Die Problematik der Aufrechterhaltung öffentlicher Aufgaben im Binnenmarkt bei Öffnung des Infrastrukturbereichs für den Wettbewerb, in: Eichhorn, Peter (Hrsg.), Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union, Baden-Baden 1995, S. 103 ff.
- Oppermann, Thomas*, Stellungnahme, in: Nörr, Knut W./Starbatty, Joachim (Hrsg.), Soll und Haben – 50 Jahre soziale Marktwirtschaft, Stuttgart 1999, S. 153 ff.
- Oppermann, Thomas*, Europarecht, 2. Auflage München 1999.
- OECD*, Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation, including the OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making and Background Note, Paris 1995.
- Ossenbühl, Fritz*, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1971, S. 513 ff.
- Osterloh, Lerke*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 1995, S. 204 ff.
- Page, Alan C.*, Member States, public undertakings and Article 90, European Law Review (ELR) 1982, S. 19 ff.
- Pais Antunes, Luis Miguel*, L'article 90 du Traité CEE – Obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission, Revue trisemestrielle de droit européen (R.T.D.E.) 1991, S. 187 ff.
- Papaconstantinou, Helen*, Free Trade and Competition in the EEC, Law, Policy and Practice, London u.a. 1988.
- Papier, Hans-Jürgen*, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage Berlin u.a. 1994, S. 799 ff.
- Parejo Alfonso, Luciano*, Zur aktuellen Situation des servicio público in Spanien, in: Tettinger, Peter J. (Hrsg.), Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa, Stuttgart u.a. 1996, S. 33 ff.
- Pearce, David W./Turner, R. Kerry*, Economics of Natural Resources and the Environment, New York u.a. 1990.
- Pernice, Ingolf*, Artikel 90 EGV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), EUV/EGV, München 1994.
- Pescatore, Pierre*, Die „EEA“ – Eine ernste Gefahr für den gemeinsamen Markt, Europarecht (EuR) 1986, S. 153 ff.
- Pielow, Johann-Christian*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung: Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft, Tübingen 2000.
- Pieper, Stefan U.*, Subsidiarität: Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, Köln u.a. 1994.
- Pigou, Arthur C.*, Economics of Welfare, 4. Auflage London 1932.
- Pipkorn, Jörn*, Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union – rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1992, S. 697 ff.
- Platteau, Koen*, Article 90 EEC Treaty after the Court Judgment in the Telecommunications Terminal Equipment Case, European Competition Law Review (ECLR) 1991, S. 105 ff.

- Pohl, Marcus A.*, Universaldienst in der Telekommunikation: Zur Verfassungsmäßigkeit der Universaldienstabgabe, Frankfurt a.M. 1998.
- Posner, Richard A.*, Theories of economic regulation, in: Bell Journal of Economics and Management Science 1974, S. 335 ff.
- Posner, Richard A.*, The Chicago School of Antitrust Analysis, University of Pennsylvania Law Review (UPLR) 1979, S. 925 ff.
- Püttner, Günter*, Öffentliche Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht das Spannungsfeld zwischen Wettbewerbsrecht und „allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (Art. 90 Abs. 2 EGV), in: Eichhorn, Peter/Cox, Helmut (Hrsg.), Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union, Band 1, 1. Auflage Baden-Baden 1995, S. 13 ff.
- Püttner, Günter*, Verwaltungslehre, 2. Auflage München 1989.
- Rahmsdorf, Detlev W.*, Ordnungspolitische Dissens und europäische Integration, Kehl a.R. 1982.
- Rambow, Gerhard*, Die Regierungskonferenz 1996 – Wirtschaftspolitische Fragen, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik 1996, S. 243 ff.
- Rapp, Lucien*, Public Service or Universal Service?, Telecommunication Policy (TP) 1996, S. 391 ff.
- Rapp-Jung, Barbara*, Zur Tragweite von Artikel 90 Abs. 2 EGV für die Energiewirtschaft, Recht der Energiewirtschaft (RdE) 1994, S. 165 ff.
- Reich, Norbert*, Binnenmarkt als Rechtsbegriff, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1991, S. 203 ff.
- Rengeling, Hans-Werner*, Grundgesetzschutz in der Europäischen Gemeinschaft – Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des EuGH zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, München 1993.
- Ress, Georg/Ukrow, Jörg*, Artikel 73 b EGV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), EUV/EGV, München 1995.
- Richter, Wolfram F./Wiegand, Wolfgang*, Zwanzig Jahre „Neue Finanzwissenschaft“ – Teil I: Überblick und Theorie des Marktversagens, Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (ZWS) 1993, S. 169 ff.
- Rinne, Alexander*, Die Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe – Zugleich ein Beitrag zu Artikel 90 Abs. 2 EGV, Baden-Baden 1998.
- Ritgen, Klaus*, Die Post-Universaldienstleistungsverordnung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, S. 1315 ff.
- Rittner, Fritz*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, Archiv civilistischer Praxis (AcP) 1988, S. 101 ff.
- Rodriguez, Stéphane*, Les Services Publics et le Traité d'Amsterdam – Genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du traité CE, Revue du marché commun et de l'Union européenne (R.M.C.) 1998, S. 37 ff.
- Rodrik, Dani*, Has Globalization gone too far?, Washington 1997.
- Ronellenfitch, Michael*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1988, Band III, S. 1171 ff.
- Rosewitz, Bernd /Schimank, Uwe*, Verselbständigung und politische Steuerbarkeit gesellschaftlicher Teilsysteme, in: Mayntz, Renate (Hrsg.), Differenzierung und Verselbständigung, Frankfurt a.M./New York 1988, S. 295 ff.
- Ross, Malcom*, Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?, European Law Review (ELR) 2000, S. 22 ff.
- Roth, Wulf-Henning*, Rundfunk und Kartellrecht, Archiv für Presserecht (AfP) 1986, S. 287 ff.
- Roth, Wulf-Henning*, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, in: Dausen, Manfred (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, Band 1, München 1993.

- Roth, Wulf-Henning*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 729 ff.
- Rott, Peter/Butters, Beate*, Öffentliche Dienstleistungen und Vertragsgerechtigkeit im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Verbraucher und Recht (VuR) 1999, S. 75 ff. und 107 ff.
- Rottmann, Michael*, Zum rechtlichen Rahmen für einen europäischen Binnenmarkt im Post- und Fernmeldewesen, Archiv für Post und Telekommunikation (ArchPT) 1989, S. 1 ff.
- Rüfner, Wolfgang*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1988, Band 3, S. 1037 ff.
- Rüfner, Wolfgang*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967.
- Rupp, Hans H.*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1987, Band 1, S. 1187 ff.
- Scharpf, Fritz W.*, Globalisierung als Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten nationalstaatlicher Politik, Jahrbuch für neue politische Ökonomie, Tübingen 1998, S. 41.
- Schaub, Andreas/Dohms, Rüdiger*, Der wettbewerbliche Binnenmarkt für Strom und Gas – Zur Rolle von Artikel 90 Abs. 2 EGV, Die Aktiengesellschaft (AG) 1998, S. 566 ff.
- Scheele, Ulrich*, Privatisierung von Infrastruktur – Möglichkeiten und Alternativen, Köln 1993.
- Scheffmann, David/Appelbaum, Elie*, Social Regulation in Markets for Consumer Goods and Services, Toronto u.a. 1982.
- Scheidemann, Dieter*, Der Begriff Daseinsvorsorge – Ursprung, Funktion und Wandlungen der Konzeption Ernst Forsthoffs, Göttingen u.a. 1991.
- Scheurle, Klaus-Dieter*, Grundzüge der Privatisierung und Regulierung im Bereich der Post und Telekommunikation, in: König, Klaus/Benz, Angelika (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997, S. 201 ff.
- Schlicht, Ekkehart*, Exploiting the Coase Mechanism: The Extortion Problem, Münchener wirtschaftswissenschaftliche Beiträge, München 1994.
- Schmid, Kathrin/Vollmöller, Thomas*, Öffentlichrechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilfenrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, S. 716 ff.
- Schmidhuber, Peter M./Hitzler, Gerhard*, Die Planungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft beim Ausbau der europäischen Infrastrukturen, Deutsche Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1991, S. 271 ff.
- Schmidt, Ingo*, Zum Nachweis des Mißbrauchs einer rechtlichen oder faktischen Wettbewerbsbeschränkung, Zeitschrift für Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1967, S. 777 ff.
- Schmidt, Ingo*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Auflage Stuttgart 1999.
- Schmidt, Reiner*, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil, Berlin u.a. 1990.
- Schmidt, Reiner*, Privatisierung und Gemeinschaftsrecht, Die Verwaltung (Verw) 1995, S. 281 ff.
- Schmidt, Susanne K.*, Liberalisierung in Europa – Die Rolle der Europäischen Kommission, Köln 1998.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach Art. 19 Absatz 3 GG, Betriebsberater (BB) 1990, Beilage 34 zu Heft 24.
- Schmidtchen, Dieter*, Property rights, Freiheitsschutz und die Logik staatlicher Preisinterventionen: Kritische Analyse der theoretischen Grundlagen einer freiheitsgefährdenden Wettbewerbspolitik, in: Röper, Burkhard (Hrsg.), Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie, Berlin 1982, S. 11 ff.
- Schneider, Volker*, Privatisierung und Regulierung der Telekommunikation aus politikwissenschaftlicher Sicht, in: König, Klaus/Benz, Angelika (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997, S. 248 ff.

- Schneider, Hannes/Busch, Torsten*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Artikel 92 EGV?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1995, S. 602 ff.
- Scholz, Rupert /Aulehner, Josef*, Die 3+2 Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Zeitschrift für Sport und Recht (SpuRt) 1996, S. 44 ff.
- Schöne, Franz-Josef*, Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht, Köln u.a. 1989.
- Schröter, Helmuth*, Artikel 85 bis 87 EGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zu EU-/EG-Vertrag, Band 2/I, 5. Auflage Baden-Baden 1999.
- Schröter, Klaus*, Die wettbewerbspolitische Behandlung der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, Frankfurt a.M. u.a. 1986.
- Schütz, Raimund/Cornils, Matthias*, Universaldienst und Telekommunikation, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1997, S. 1146 ff.
- Schütze, Joachim*, Europäischer Stromverbund und EG-Recht, Köln u.a. 1991.
- Schulte-Braucks, Reinhard*, Das „British Telecom“-Urteil: Eckstein für ein europäisches Fernmelderecht?, Zeitschrift für Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1986, S. 202 ff.
- Schumann, Jochen*, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 6. Aufl. Berlin 1992.
- Schuppert, Gunnar F.*, Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat: Privatisierung als Veränderung staatlicher Handlungsformen, in: König, Klaus/Benz, Angelika (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997, S. 539 ff.
- Schwarze, Jürgen*, Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2000, S. 613 ff.
- Schwark, Eberhard*, Wirtschaftsordnung und Sozialstaatsprinzip, Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (DZWIR) 1997, S. 89 ff.
- Schwenn, Kerstin*, Geschützt im Wettbewerb, Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 25.04.2000, S. 17.
- Schwintowski, Hans-Peter*, Staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 1994, S. 232 ff.
- Schwintowski, Hans-Peter*, Der Begriff des Unternehmens im europäischen Wettbewerbsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZeuP) 1994, S. 294 ff.
- Schwintowski, Hans-Peter*, Freier Warenverkehr im Europäischen Binnenmarkt – Eine Fundamentalkritik an der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 EGV, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 2000, S. 28 ff.
- Seidel, Martin*, Grundsätzliche rechtspolitische Probleme bei der Verwirklichung des Binnenmarktes, Europa Archiv (EA) 1987, S. 535 ff.
- Seidel, Martin*, Die Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Wirtschaftsverfassungsrecht der Mitgliedstaaten, in: Due, Ole/Lutter, Marcus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 1393 ff.
- Seidel, Martin*, Service public im europäischen Energierecht, in: Baur, Jürgen (Hrsg.), Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlichen Aufgaben, Baden-Baden 1997, S. 73 ff.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz*, Eurocontrol und EWG-Wettbewerbsrecht, in: Ginther, Konrad/Hafner, Gehard/Lang, Winfried/Neuhold, Hanspeter/Sucharipa-Behrmann, Lilly (Hrsg.), Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität, Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag, Berlin 1994, S. 251 ff.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz*, Anmerkung zur „Eurocontrol“-Entscheidung, Zeitschrift für Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 1994, S. 132 ff.

- Sinn, Hans-Werner*, Verbraucherschutz als Problem asymmetrischer Informationskosten, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Berlin u.a. 1989, S. 81 ff.
- Slot, Piet J.*, Commission Versus Public Enterprises, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (Bonn) – Vorträge und Berichte 1992, Nr. 16.
- Slot, Piet J.*, The concept of undertaking in EC Competition Law, in: Due, Ole/Lutter, Marcus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 1413 ff.
- Soros, George*, Die Krise des globalen Kapitalismus, Berlin 1998.
- Steinberger, Daniela*, Staatliche Wirtschaftsinterventionen als Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, Köln u.a. 1994.
- Steindorff, Ernst*, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, Europarecht (EuR) 1988, S. 19 ff.
- Steindorff, Ernst*, Unvollkommener Binnenmarkt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 1994, S. 149 ff.
- Steindorff, Ernst*, Mehr Bürgernähe und Subsidiarität in Europa?, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 1999, S. 395 ff.
- Steindorff, Ernst*, Markt und hoheitliche Verantwortung in der EG, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 2000, S. 223 ff.
- Steiner, Udo*, Verkehr und Post, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland III, Heidelberg 1988, S. 1087 ff.
- Stern, Klaus*, Die Wiederherstellung der staatlichen Einheit, in: ders./Schmidt-Bleibtreu, Bruno (Hrsg.), Einigungsvertrag und Wahlvertrag, München 1990, S. 3 ff.
- Stewing, Clemens*, Gasdurchleitung nach europäischem Recht, Köln u.a. 1989.
- Stigler, George J.*, The theory of economic regulation, in: Bell Journal of Economics and Management Science (BJEMS) 1971, S. 3 ff.
- Stiglitz, Joseph E./Schönfelder, Bruno*, Finanzwissenschaft, 2. Auflage München 1989.
- Stober, Rolf*, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, Stuttgart 1989.
- Sturm, Roland*, Privatisierungspolitiken im internationalen Vergleich, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU) 1990, S. 170 ff.
- Smith, Adam*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Vol. I-III, 5. Aufl. London 1789.
- Strassl, Wolfgang*, Externe Effekte auf Versicherungsmärkten – Eine allokatentechnische Begründung staatlicher Regulierung, Tübingen 1988.
- Stoffaes, Christian*, Préface, in: Commissariat général du plan (Hrsg.), La régulation des services publics. Concilier équité et efficacité. Rapport du groupe présidé par Claude Martinand, Paris 1995, S. 1 ff.
- Streinz, Rudolf*, Der Vertrag von Amsterdam – Einführung in die Reform des Unionvertrages von Maastricht und erste Bewertung der Ergebnisse, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1998, S. 137 ff.
- Streißler, Erich*, Das Problem der Internalisierung, in: König, Helmut (Hrsg.), Umweltverträgliches Wirtschaften als Problem von Wissenschaft und Politik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Band 224, Berlin 1993, S. 87 ff.
- Temple Lang, John*, Community Antitrust Law and Government Measures relating to Public and Privileged Enterprises: Article 90 EEC Treaty, in: Hawk, Barry E. (Hrsg.), Antitrust & Trade Policies in the European Economic Community, Fordham Corporate Law Institute Series, New York 1984, S. 543 ff.
- Temple Lang, John*, Community Antitrust Law and National Regulatory Procedures, in: Hawk, Barry E. (Hrsg.), International Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute Series, New York 1997, S. 297 ff.

- Tettinger, Peter J.*, Vorüberlegungen zu einer „Charte européenne de service public“, *Recht der Energiewirtschaft (RdE)* 1995, S. 175 ff.
- Tettinger, Peter J.*, Les services publics dans la conception du droit allemand, in: Initiative pour des Services d'Utilité Publique en Europe (ISUPE) (Hrsg.), *Vers un service public européen*, Paris 1996, S. 55 ff.
- Tettinger, Peter J.*, Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa?, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 1997, S. 341 ff.
- Tettinger, Peter J.*, Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht, *Recht der Energiewirtschaft (RdE)* 1999, S. 45 ff.
- Tettinger, Peter J.*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2001, S. 1010 ff.
- Tietzel, Manfred*, Probleme der asymmetrischen Informationsverteilung beim Güter- und Leistungsaustausch, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, Berlin/Heidelberg/New York 1989, S. 52 ff.
- Thiel, Jürgen M.*, Europa 1992: Grundrechtlicher Eigentumsschutz im EG-Recht, *Juristische Schulung (JuS)* 1991, S. 274 ff.
- Thiemeyer, Theo*, Gemeinwirtschaft, in: Albers, Willy (Hrsg.), *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, 1981, S. 525 ff.
- Thiemeyer, Theo*, Öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen in der politischen und wissenschaftlichen Diskussion, in: Brede, Helmut/v. Loesch, Achim, *Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 1986.
- Thiry, Bernard*, Services publics: Conceptions et réalités, *Annals of Public and Cooperative Economics (APCE)* 1995, No. 2, S. 159 ff.; in deutscher Übersetzung zu finden als Öffentliche Dienstleistungen: Konzepte und Realitäten, in: Cox, Helmut (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, Baden-Baden 1996, S. 29 ff.
- Thurow, Lester*, *Die Zukunft des Kapitalismus*, München 1996.
- Troberg, Peter*, Artikel 52-66 EWGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Band 1, 4. Auflage Baden-Baden 1991.
- UNICE*, *Regulatory Report, Releasing Europe's Potential Through Targeted Regulatory Reform*, Brüssel 1995.
- Uterwedde, Henrik*, Abschied vom französischen Modell? Staat und Wirtschaft im Wandel, in: Christadler, Marieluise/Uterwedde, Henrik (Hrsg.), *Länderbericht Frankreich*, 1999, S. 201 ff.
- Van Gehuchten, Pierre-Paul*, La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 du Traité CEE, in: Dutheil de la Rochère, Jacqueline/Vandamme, Jacques (Hrsg.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris 1988, S. 112 ff.
- Van Miert, Karel*, La conférence intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence, in: Europäische Kommission (Hrsg.), *Competition Policy Newsletter* Nr. 2, Luxemburg 1997, S. 1 ff.
- Van Miert, Karel*, Wettbewerbspolitik, Liberalisierung und Privatisierung, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln (FIW) (Hrsg.), *Erfahrungen mit der Privatisierung von Monopolunternehmen*, Heft 179, Köln u.a. 1999, S. 5 ff.
- Varian, Hal R.*, *Grundzüge der Mikroökonomik*, 4. Auflage München u.a. 1999.
- Völker, Stefan*, *Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1990.
- Vogelsang, Ingo*, *Public enterprise in monopolistic and oligopolistic industries*, Chur 1990.
- Voisset, Michèle*, Les services publics en France, in: CEEP (Hrsg.), *Europe, Concurrence et service public*, Brüssel 1995, S. 120 ff.
- Vollmer, Lothar*, Die Sondermärkte im Spannungsfeld von nationalen und europäischen Regulierungs- und Deregulierungsaktivitäten, in: Kruse, Jörn/Stockmann, Kurt/Vollmer, Lothar (Hrsg.), *Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler*

- Kartellrechtsordnungen – Festschrift für Ingo Schmidt zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1997, S. 289 ff.
- Von Hayek, Friedrich A.*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1968.
- Von Hayek, Friedrich A.*, Die Theorie komplexer Phänomene, Tübingen 1972.
- Von Wallenberg, Gabriela*, Artikel 92 EGV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), EUV/EGV, München 1996.
- Von Weizsäcker, Carl Christian*, Staatliche Regulierung – positive und normative Theorie, Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik (SZVS) 1982, S.325.
- Von Wilmowsky, Peter*, Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag – Ein Beitrag zu Artikel 90 Absatz 2 EWGV, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 1991, S. 545 ff.
- Von Wilmowsky, Peter*, Ausnahmereiche gegenüber EG-Grundfreiheiten?, Europarecht (EuR) 1994, S. 362 ff.
- Vygen, Klaus*, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerbsrecht der EWG – Ihre Stellung nach Artikel 90 EWGV im Vergleich zu privaten Unternehmen, Köln 1967.
- Wahl, Rainer*, Staatsaufgaben und Verfassungsrecht, in: Ellwein, Thomas/Hesse, Joachim Jens (Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, Baden-Baden 1990, S. 29 ff.
- Weber, Claus*, Die Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 59 ff. EG-Vertrag – einheitliche Schranken für alle Formen der Dienstleistung?, Zeitschrift für Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 1995, S. 292 ff.
- Weidenfeld, Werner*, Der vollendete Binnenmarkt – eine Herausforderung für die Europäische Gemeinschaft, Gütersloh 1993.
- Weiß, Wolfgang*, Artikel 81, 82 EGV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999.
- Wenig, Fritz-Harald*, Artikel 92 EWGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EGW-Vertrag, Band 2, 4. Auflage Baden-Baden 1991.
- Wieland, Bernhard*, Regulierung der Telekommunikation, in: Krakowski, Michael (Hrsg.), Staatliche Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1988, S. 195 ff.
- Wieland, Joachim*, Die Konstituierung des Wirtschaftsverwaltungsrechts durch Europarecht und deutsches Recht, in: Schoch, Friedrich K. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht als Element der europäischen Integration, Referate und Diskussionsbeiträge des Neunten Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 5. - 10. September 1994 in Tübingen, Stuttgart u.a. 1995.
- Wieland, Joachim*, Rechtliche Probleme der Privatisierung und Regulierung im Bereich Post und Telekommunikation, in: König, Klaus/Benz, Angelika (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997, S. 235 ff.
- Willke, Helmut*, Systemtheorie II: Interventionstheorie – Grundzüge einer Theorie der Intervention in komplexe Systeme, Stuttgart u.a. 1994.
- Wilms, Günter*, Das Europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen – Die Kompetenz der Kommission aus Art. 90 Abs. 3 EG-Vertrag und ihre Anwendung auf die Elektrizitätswirtschaft, Berlin 1996.
- Windisch, Rupert*, Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich von Bahn, Post und Telekommunikation, Tübingen 1987.
- Windthorst, Kay*, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation: Eine öffentlichrechtliche Betrachtung unter Einbezug des amerikanischen Rechts, München 2000.
- Wirtschafts- und Sozialausschuß*, Binnenmarkt - Aktionsplan, WSA (97), 1 endg., Brüssel/Luxemburg 1997.
- Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft*, Staatliche Interventionen in einer Marktwirtschaft - Gutachten vom 15. und 16. Dezember 1978, in: Wissenschaftlicher Beirat (Hrsg.), Gutachten vom Dezember 1978 bis Februar 1980, Band 10, Göttingen 1980, S. 895 ff.

- Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft*, Gesamtwirtschaftliche Orientierung bei drohender finanzieller Überforderung, Gutachten vom 10. und 11. Juni 1992, in: Wissenschaftlicher Beirat (Hrsg.), Gutachten vom Juni 1990 bis Juli 1992, 14. Band, Göttingen 1993, S. 1631 ff.
- Woll, Artur*, Wirtschaftspolitik, 2. Auflage München 1992.
- World Bank*, World Development Report 1994: Infrastructure and Development, Oxford 1994.
- World Bank*, World Development Report 1997: The State in a Changing World, Oxford 1997.
- Wyatt, Derrik/Dashwood, Alan*, Wyatt and Dashwood's European Community Law, 3. Auflage London 1993.
- Zacker, Christian*, Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt: Zwei Begriffe desselben Inhalts?, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 1989, S. 489 ff.
- Zäch, Roger*, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union – Praxis von Kommission und Gerichtshof, München 1994.
- Zell, Simone*, Die Grenzen des Laissez-faire – John Stuart Mill: Principles of Political Economy, in: Herz, Wilfried (Hrsg.), ZEIT-Bibliothek der Ökonomie – Die Hauptwerke der wichtigsten Ökonomen, Hamburg 2000.
- Zinow, Bernd M.*, Rechtsprobleme der grenzüberschreitenden Durchleitung von Strom in einem EG-Binnenmarkt für Energie, Frankfurt am Main 1991.
- Zippel, Wulfdiether*, Transeuropäische Netze : Referate und Diskussionsberichte der interdisziplinären Fachtagung des Arbeitskreises Europäische Integration im Juli 1995 in Tutzing, Baden-Baden 1996.
- Zuleeg, Manfred*, Artikel 2 EGV, in: von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, 5. Auflage Baden-Baden 1997.